Begriff und Bedeutung der zugesicherten Eigenschaft

Dissertation

zur Erlangung
der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Schlesischen Friedrich Wilhelm-Universität
zu Breslau.

vorgelegt
von

Walter Berghaus

1930

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. H. Eschenhagen, K.-G., Ohlau in Schlesien.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter:
Professor Dr. Schott.

Meinen Eltern.

Gliederung.

Seite

Einleitung.

§ 1. Vorbemerkung: Begrenzung der Aufgabe. 1
§ 2. Der Eigenschaftsbegriff im Sprachgebrauch. 1
§ 3. Der von der Philosophie geprägte Eigenschaftsbegriff. 2

Erster Teil.

§ 4. I. Der Begriff der Eigenschaft. 4
§ 5. 1. Natürliche Eigenschaften. 5
§ 6. 2. Tatsächliche Eigenschaften. 8
§ 7. 3. Rechtliche Verhältnisse. 18
§ 8. 4. Eigenschaften einer Sachgesamtheit. 19
II. Der Begriff der Zusicherung.
1. Unterschied der Zusicherung von verwandten Erscheinungen.
§ 9. a) Die Anpreisung. 21
§ 10. b) Die tatsächliche Angabe. 24
§ 11. 2. Das Wesen der Zusicherung. 26

Zweiter Teil.

Bedeutung der zugesicherten Eigenschaft.

§ 12. I. Die allgemeinen Gewährleistungsansprüche und die besonderen auf Grund einer Zusicherung. 39
§ 13. II. Das Wahlrecht zwischen diesen Ansprüchen, wenn die Voraussetzung für beide vorliegen. 40
III. Die Haftung aus § 463 BGB. . . . . .
§ 14. 1. Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Haftung, der Gefahrübergang, die Uebergabe. 42
§ 15. 2. Der sich aus der Haftung ergebende Anspruch. 46
§ 16. 3. Ausschluß der Haftung. 51
§ 17. IV. Fragen der Beweislast, Verjährung, Aufrechnung. 54

Schluß.

§ 18. Die Haftung wegen zugesicherter Eigenschaften bei anderen kaufähnlichen Verträgen gemäß § 493 BGB. 58

Literaturverzeichnis.

Altvater: Der Pachtabstand. Arch. ziv. Prax. 95, 400.

Bach: Ueber die Zusicherung von Sacheigenschaften beim Kauf. Diss. Heidelberg 1915.

v. Blume: Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung. Iher. Jahrb. 55, 219.

Chone: Zusicherung einer noch nicht vorhandenen Eigenschaft, insbesondere die Rechte des Käufers bei Nichteintritt der Eigenschaft. Gruch. 61, 199.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. Jena 1927 (Bd. I).

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen-Leipzig 1902.

— Ueber den Begriff der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache (§ 459 II BGB.). Recht 02, 333.

— Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sache. Arch. ziv. Prax. 78, 140.

v. Damm: Haftung für zugesicherte Eigenschaften einer zwangsweise versteigerten Sache, wenn der Gerichtsvollzieher das Vorhandensein der Eigenschaften zugesichert hat. Ztschr. f. dtsch. Zivilprozeß 42, 509.

Dehn: Die Bedeutung mündlicher Nebenabreden bei formellen Verträgen nach bürgerlichem Recht. Diss. Leipzig 1908.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. Halle 1906 (Bd. II, 2).

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches erläutert. Mannheim 1905.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB. Berlin 1896.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem BGB. Gruch. 43, 309.

Ehrlich: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kauf. Diss. Greifswald 1900.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1903.

Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem BGB. Jena, Fischers Abhandlungen IV, 2.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 12. Bearbeitung. Marburg 1928 (I, 2).
Epping: Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach dem BGB. Erlangen.
Fischer: Das Problem der Identität und Neuheit. Breslauer Festschrift. Ihering. 1912.
Hausmann: Der Irrtum im alten und neuen Recht.
Haymann: Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandlungsanspruches. Gruch. 46, 509.
Hillebrandt: Die Eigenschaften einer Person oder Sache. Diss. Breslau 1910.
Holtz: Die Sacheigenschaft bei Irrtum und Gewährleistung. Diss. Königsberg 1912.
Ichenhäuser: Die Gewährleistung für zugesicherte Eigenschaften der Kaufsache nach dem BGB. Diss. Heidelberg 1912.
Julius: Inwieweit ist der Verkäufer nach dem BGB. zur Lieferung mangelfreier Ware verpflichtet. Diss. Erlangen 1907.
Kist: Der Begriff der zugesicherten Eigenschaft im Sinne des § 459 II des BGB., seine Entwicklung und Abgrenzung. Diss. Rostock 1909.
Kloß: Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache. Sächs. Arch. f. bürg. Recht u. Prozeß 9, 273.
Lenel: Nochmals die Lehre von der Voraussetzung. Arch. f. ziv. Prax. 79, 104.
Loewenwarter: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1928.
Mainz: Das Fehlen zugesicherter Eigenschaften beim Kauf einer Sache in seinen Voraussetzungen und besonderen Wirkungen nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuche. Diss. Leipzig 1909.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin-Leipzig.
Nowicki: Wieweit ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Kaufsache frei von Mängeln und Fehlern zu liefern? Diss. Erlangen 1907.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1929. (II,2).
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Aufl. Berlin-Leipzig 1928.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des BGB. Berlin 1897.
Reichsgerichtsräte kommentar zum BGB. Berlin-Leipzig 1928.
Siebert: Die zugesicherte Eigenschaft in §§ 459 ff. BGB. und die Schadensersatzhaftung des Verkäufers für fahrlässig unrichtige Angaben. Diss. Marburg 1912.
Scheer: Die Besonderheiten der Gewährleistung für Sachmängel beim Handelskauf. Diss. Rostock 1904.
Schloßmann: Irrtum über wesentliche Eigenschaften. Fischers Abhandlungen 9, 3.
Schollmeyer: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. Iher. Jahrb. 49, 99.
— Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin.
Schroeder: Zur Lehre von der Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache. Diss. Halle 1903.
Schultetus: Die Haftung des Verkäufers für zugesicherte Eigenschaften nach dem BGB. Diss. Leipzig 1907.
Schultze: Findet die kurze Verjährung des § 477 BGB. auch auf den aus allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts, insbesondere aus § 276 BGB., den Käufer wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung der Kaufsache zustehenden Schadensersatzanspruch Anwendung? Arch. f. bürg. Recht 30, 147.
Stamm: Die Ansprüche eines Käufers einer individuellen Sache wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft im gemeinen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1902.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. u. 13. Aufl. Berlin-Leipzig 1927.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München-Berlin, 9. Aufl. 1928 (II, 1).
Steinke: Der Begriff der zugesicherten Eigenschaften und die Haftung dafür, insbesondere die des Verkäufers. Diss. Leipzig 1904.

Ungewitter: Zur Auslegung des Eigenschaftsbegriffes im BGB. Diss. Königsberg 1914.
Wetzel: Das Wesen der Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache. Diss. Erlangen 1910.
Wolff: Sachmängel beim Kauf. Iher. Jahrb. 56, 44.
Wolffsohn: Die Voraussetzungen der Haftung für zugesicherte Eigenschaften der Kaufsache nach bürgerlichem Recht. Diss. Heidelberg 1910.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig.

---

§ 1.

Aufgabe vorliegender Arbeit ist es, Begriff und Bedeutung der zugesicherten Eigenschaft zu behandeln. Bevor dies jedoch erfolgen kann, ist der Begriff der Eigenschaft selbst zunächst zu erläutern.

Das Wort Eigenschaft findet sich im Gesetz einmal in Verbindung mit dem Wort „zugesichert" in den §§ 459 II, 463, 468, 477 I, 480 II, 492, 494, 537 II, 633, dann aber noch in den §§ 119 II ,702 und 1333 BGB., in denen es ohne jeglichen Zusatz (§ 702) bezw. mit der näheren Bezeichnung „verkehrswesentlich" (§ 119 II) und „persönlich" (§ 1333) erscheint. Eine Definition des Begriffs Eigenschaft gibt das Gesetz nicht. Er tritt als Bestandteil eines Rechtssatzes in der Lehre von der Gewährleistung, dem Gebiet, dem unsere Arbeit gewidmet ist, dann aber auch, wie schon oben angedeutet, in der Irrtumslehre und bei der Behandlung der Anfechtbarkeit der Ehe auf.

Im Zusammenhang mit der im Gesetz erfolgenden Anwendung der Bezeichnung „Eigenschaft" und der ihr dort gegebenen Bedeutung wird der Begriff der „Eigenschaft" zu klären sein. Nach seiner Feststellung ist damit der notwendige Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung über den Begriff der „zugesicherten" Eigenschaft gewonnen. Wenn man davon ausgeht, daß das Gesetz nicht nur bei der Wahl der im Gesetz in einem bestimmten Sinne verwendeten Begriffe, sondern auch bei der Inhaltsgebung dieser Begriffe selbst auf die durch die Sprache erfolgte Sinngebung zurückgreift, wird man zunächst untersuchen müssen, ob der sprachliche Begriff der Eigenschaft mit dem juristischen identisch ist oder ob er nicht wenigstens zu dessen Klärung und Abgrenzung herangezogen werden kann.

§ 2.

Eigenschaft, als sprachlicher Begriff, ist ein Merkmal, das ein Ding genauer beschreibt. Dieses für sich bestehende Ding unterscheidet sich von anderen durch die ihm zugehörigen oder anhängenden Merkmale. Zur Feststellung und Beurtei-

lung einer Eigenschaft wird das Ding einem anderen gegenübergestellt oder nach einem allgemein geltenden Maßstab gemessen. Danach bezeichnet der Sprachbegriff als Eigenschaften natürliche oder physische Merkmale. Das Ding stellt sich uns dar durch seine Form, seine Größe, seine besondere Eignung, durch hunderterlei Kennzeichen. Betrachtet man unter einem besonderen Gesichtspunkt ein solches Kennzeichen, das in irgendeiner Weise das Ding charakterisiert, dann ist diese besondere Eigenart bezeichnend für das Ding. Diese mannigfachen Eigenarten des Dings, die demselben durch den wechselnden Standpunkt des Beobachters immer wieder eine andere Note geben, bezeichnet die Sprache als Eigenschaften des Dings schlechthin.

Der Sprachgebrauch bezeichnet aber auch die Voraussetzungen, die erst ein Ding unter einen bestimmten Begriff fallen lassen, als Eigenschaften. Die Eigenschaften eines Stuhls z. B. sind nicht nur dadurch gekennzeichnet, daß er gepolstert ist oder aus Stahl oder Holz, geschnitzt oder gedreht, sondern auch dadurch, daß er Beine hat, eine Sitzfläche, eine Rücklehne. Also auch die Elemente des Dings, die fehlend in unserem Falle den Stuhl zu einem Hocker, zu einem Sessel machen würden, bezeichnet die Sprache als Eigenschaft. Genau so wie sie irgendwelche Abstufungen und Besonderheiten in dem speziellen Zustand als Eigenschaft bezeichnet. Können juristisch diese Grundelemente, die eine Sache überhaupt erst in eine durch einen Begriff bezeichnete Gruppe einordnen, als Eigenschaften bezeichnet werden? Diese Frage wird unten zu behandeln sein.

§ 3.

Vorerst soll festgestellt werden, ob für die Untersuchung der von der Philosophie geprägte Begriff herangezogen oder gar zugrunde gelegt werden kann.

Dabei ist zunächst grundsätzlich über die Möglichkeit der Verwendung philosophischer Begriffe in der Rechtswissenschaft folgendes zu bemerken (wobei als hauptsächlichstes Beispiel der Begriff der Eigenschaft herangezogen werden soll): Jeder philosophische Begriff, so auch der der Eigenschaft, muß notwendigerweise die weiteste Fassung haben, um dem Denken allgemeinste Grundlagen zu geben. Die Notwendigkeit, für einen Begriff eine Formel zu finden, die

jedem Standpunkt weitgehend gerecht wird, verlangt andererseits eine nachgiebige Begrenzung. Was den juristischen Begriff kennzeichnen muß, ist die präzise Bestimmung, die der praktischen Verwertung wegen möglichst feste Grenzen aufzuweisen hat. Gewiß hat O. Fischer[1] recht, wenn er gerade mit Rücksicht auf die philosophische Begriffserklärung sagt, daß „alle Wissenschaft Streben nach Erkenntnis der Wahrheit ist und daß die Wahrheit nur eine sein kann", daß man also nicht zwei Begriffe „Eigenschaft" haben kann, einen philosophischen und einen juristischen. Es fragt sich nur, welches die Formel ist, die die Wahrheit möglichst klar zum Ausdruck bringt. Trotz der nahen Beziehung zur Philosophie, die ja vor allem durch zahllose Systeme ausgezeichnet ist, die alle die richtigen sein wollen, muß sich die Rechtswissenschaft streng umrissene eigene Begriffe formen, um dem für sie wichtigsten Gebot der notwendigen Stetigkeit und einheitlichen Linie gerecht zu werden. Diese Begriffe sind einer gewissen organischen Weiterentwicklung und Umbildung unterworfen. Der Wert eines juristischen Begriffes, wie des der Eigenschaft, liegt darin, daß er dem praktischen Leben gerecht wird.

Zitelmann[2] versucht den Begriff der Eigenschaft auch für die Rechtswissenschaft von der philosophischen Seite zu erfassen und sagt, daß „die Eigenschaft jedes Merkmal des Dings sei, überhaupt alles, was von dem Ding ausgesagt werden könne." Er legt selbst das Schwergewicht seiner dieses Thema behandelnden Arbeit auf die ganz allgemein für alle Rechte und Rechtsteile gleichmäßig gültigen Erörterungen.[3] Dennoch muß Hillebrandt[4] zugestimmt werden, wenn er sagt, daß Zitelmann „bei seinem Versuch philosophisch-psychologischer Auffasung juristischer Probleme geteilte Zustimmung gefunden hat, weil man die Besorgnis hegte, aus der Vermengung philosophischer und juristischer Begriffe Unklarheiten befürchten zu müssen."[5] Das Rechtsleben kann keinen Begriff übernehmen oder heranziehen, der zu allgemein gehalten ist. Es wird unten dargetan werden, welche von den

1) Das Problem der Identität und der Neuheit, S. 6.
2) Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 442.
3) Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 6.
4) Die Eigenschaften einer Person oder Sache, S. 33.
5) s. auch Siebert S. 3; Ungewitter S. 28; Schloßmann S. 73 (Irrtum über wesentliche Eigenschaften, 03 Fischers Abhandlungen); Ichenhäuser S. 16.

zahlreichmöglichen Merkmalen einer Sache juristisch als Eigenschaften bezeichnet werden können.

§ 4.

Nachdem sich gezeigt hat,, daß eine Erklärung des Begriffs „Eigenschaft" von der sprachlichen bezw. philosophischen Seite her keine für seine Anwendung im Gebiete des Rechts genügenden bezw. brauchbaren Ergebnisse geliefert hat, soll es aus dem logischen und sachlichen Zusammenhang des Gesetzes heraus versucht werden, unter Berücksichtigung der Erfordernisse, die Verkehr und Rechtssicherheit stellen, und der von der Praxis aufgestellten Grundsätze.

Von Eigenschaften spricht das Gesetz besonders in den §§ 119 und 459 BGB. Im ersteren von Eigenschaften der Person und Sache, im zweiten nur von denen der Sache. Diese Arbeit ist den Eigenschaften gewidmet, die Gegenstand einer Zusicherung sein können. Von solchen ist nur in Verbindung mit einer Sache die Rede. Somit können Eigenschaften einer Person hier nicht behandelt werden.

Weiterhin ist es notwendig, ehe an die Behandlung des Begriffs Eigenschaft einer Sache herangetreten wird, kurz festzustellen, was im § 459 unter einer Sache verstanden wird. Sachen im Sinne des Gesetzes, sagt der § 90 BGB., sind nur körperliche Gegenstände. Die moderne Rechtsentwicklung hat der „Sache" im § 119 einen neuen Inhalt gegeben. Rechtslehre[1] und Praxis[2] verstehen hier unter Sache nicht nur die körperlichen Gegenstände, sondern auch die Geschäftsgegenstände, die aus der modernen Entwicklung heraus im Rechtsverkehr als selbständige Gesamtheiten anerkennt werden, und weiterhin auch Rechte. Es muß noch der § 433, I herangezogen werden, um den Sachbegriff des für die Behandlung maßgeblichen § 459 zu klären. Die allgemeine Vorschrift des § 433 umfaßt in ihrer Gesamtheit all das, was im § 119 unter Sache verstanden wird, trennt aber Sachen und Rechte, für die in den kommenden Paragraphen besondere Vorschriften gegeben sind.

Die speziellen Vorschriften der §§ 459 ff. beziehen sich auf diesen Sachbegriff, d. h. also sowohl auf körperliche Ge-

1) Staudinger § 119 III b, 1; Enneccerus I, 1 S. 289; Oertmann § 119, 4 e; RGRK. I, S. 158.

2) Zuerst gegenteiliger Ansicht RG., Warn. 09, 134; JW. 1912, 7424; RG., Warn. 1914, 271; RG. 73, 136; 86, 146; später ebenfalls Düringer L.Z. 1918, 79; RG., JW. 1914, 674.

genstände wie auf Sachgesamtheiten. Für die Feststellung des Eigenschaftsbegriffes ist es unwesentlich, ob hier die Sachgesamtheit der Sache gleichgestellt ist[3] oder ob der § 459 unter Zugrundelegung des § 90 nur analog auch bei Sachgesamtheiten Anwendung findet. Diese verschiedenen Auffassungen sind hier nicht zu behandeln. Es gibt Eigenschaften einer Sache und Eigenschaften einer Sachgesamtheit und hier soll für den Begriff der Eigenschaft, der für beide derselbe ist, eine Definition gefunden werden.

Literatur und Praxis haben sich mit der Feststellung des Begriffs Eigenschaft immer nur in Verbindung mit dem einzelnen Falle beschäftigt. Eine Definition auf Grund vorangegangener Interpretationsversuche aus dem System des BGB. heraus läßt sich nicht geben. Die Rechtslehre hat den Begriff Eigenschaft der Sprache entlehnt und von dieser ausgehend weitergeformt.

§ 5.

Handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, dann soll mit der Sprache definiert werden, daß die Eigenschaften einer Sache die Merkmale sind, die den natürlichen, den physischen Zustand der Sache kennzeichnen, deren Summe die Sache selbst ausmacht. Sie sollen kurz natürliche Eigenschaften genannt werden.

Nach dem Sprachgebrauch fallen aber auch, wie schon oben angedeutet, unter die Kennzeichnung Eigenschaft diejenigen Merkmale, die als grundsätzliche Voraussetzungen es erst ermöglichen, eine Sache als eine bestimmte zu bezeichnen und irgendwo in die Klassifizierung der Dinge einzureihen. Das rechtlich Charakteristische an einer Eigenschaft ist das, daß sie einmal im besonderen Maße vorhanden sein kann, ein andermal im geringeren, daß sie aber auch einmal fehlen kann, ohne das betreffende Ding grundlegend zu verändern. Wenn aber die Merkmale eines Stuhls z. B., nämlich die Lehne, die Stuhlbeine nicht vorhanden sind, dann ist er ein Hocker. Juristisch können solche Merkmale nicht als Eigenschaft bezeichnet werden, weil innerhalb derselben eine Variation gar nicht möglich ist, ohne daß die Sache sich als ein aliud darstellt. Die Merkmale, die nötig sind, um in der

3) RG. 67, 89.

Vorstellung überhaupt erst ein gewisses Ding, eine Sache erstehen zu lassen, können juristisch nicht als Eigenschaften bezeichnet werden.

Somit sind als natürliche Eigenschaften diejenigen Merkmale zu nennen, durch die eine besondere Eigenart einer Sache im Sinne des Beschauers bestimmt wird, die wohl verändert oder weggedacht werden können, ohne daß dadurch die Sache schlechthin zerstört wird.[1]

Weiterhin ist festzustellen, ob entsprechend dem Sprachgebrauch, der gute und schlechte Eigenschaften kennt, auch im rechtlichen Sinne von positiven und negativen die Rede sein kann. Dafür gibt das Gesetz einen Anhaltspunkt. Das BGB. überschreibt die §§ 459 ff. mit dem Titel „Gewährleistung wegen Mängel der Sache" und versteht nach § 459 I darunter die Fehler der Sache und nach § 459 II das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft. Für die Feststellung eines Fehlers ist erforderlich, daß derselbe den Wert der Sache oder ihre Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder nicht unerheblich mindert.[2] Das Nichtvorhandensein der Merkmale, die den Wert und die Tauglichkeit kennzeichnen, wird als Fehler bezeichnet. Somit stellt sich im rechtlichen Sinne die Eigenschaft als die Negation der Fehler dar. Eigenschaften sind also alle die Merkmale, die unter Berücksichtigung des bei dem einzelnen Rechtsgeschäft zutage getretenen Willens der Kontrahenten etwas Positives, die Eignung der Sache kennzeichnendes, aussagen.

Ist eine Sache Gegenstand der Betrachtung geworden, dann bewertet der Mensch sie nach einem ihm geläufigen, bestimmten Maßstabe. Er bezeichnet die Merkmale, die ihm genügend erscheinen, um die Sache ihren Zweck erfüllen zu lassen, weiterhin auch die Merkmale, die die Sache aus irgendeinem Grunde als besonders geeignet hervorheben. Die Merkmale, die für den gewöhnlichen Gebrauch einer Sache als genügend betrachtet werden, werden im allgemeinen durch die Verkehrsanschauung bestimmt. Diese kennzeichnet die Eigenschaften, die sie von der Sache verlangt, unter einem

1) Vgl. die Aufstellung der natürlichen Eigenschaften bei Schloßmann, Der Irrtum, S. 5, Fischers Abhandlungen IX, 3, 1903; Haußmann, Der Irrtum im alten und neuen Recht, S. 26.

2) Kloß, Sächs. Arch. 9, 273; vgl. Schröder, Zur Lehre v. d. Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache, Halle 1903.

allgemeinen Gesichtspunkt, der den durchschnittlichen Anforderungen gerecht wird. Sie bezeichnet damit aber auch zugleich die Merkmale, die die Sache herabmindern, mit dem Begriff „Mängel der Sache."[3]

Nicht allein die Verkehrsanschauung ist maßgebend. Rechtlich können alle die Merkmale, die oben als Eigenschaften im juristischen Sinne bezeichnet wurden, bedeutsam werden im Sinne der Kontrahenten. Insofern bedeutet das Nichtvorhandensein einer solchen Eigenschaft, wenn auch nicht einen Fehler nach allgemeiner Auffassung, so doch einen Mangel der Sache im speziellen Sinne. Die Bezeichnung Mangel der Sache ist relativ. Das Nichtvorhandensein der im besonderen Falle vorausgesetzten Eigenschaft ist im Grunde ebenfalls ein Fehler der Sache, da dieselbe den höher gestellten Ansprüchen nicht entspricht und hinter den gewollten zurückbleibt. Für den juristischen Begriff der Eigenschaft ist damit gesagt, daß alle die Merkmale, die im allgemeinen oder besonderen Falle die Sache auszeichnen, im Auge des Betrachters etwas Positives, in irgendeiner Weise Günstiges aussagen müssen, und daß für die sprachliche Bezeichnung der schlechten Eigenschaft die juristische Bezeichnung „Mängel" getreten ist, verkörpert durch die tatsächlichen Fehler und das Fehlen der im einzelnen Falle besonders hervorgehobenen Eigenschaften.

Für die Feststellung der natürlichen Eigenschaft ist also nicht die Ansicht der Mehrheit, des Verkehrs, der objektive Standpunkt maßgebend, sondern der subjektive Standpunkt des einzelnen. Der tatsächliche Zustand der Sache wird vom Beschauer daraufhin untersucht, ob er Merkmale aufweist, die als genügende oder gute Eigenschaften oder als Mängel bezeichnet werden müssen. Begrifflich fallen ebenso diejenigen Merkmale unter die Bezeichnung Eigenschaft, die nur einem einzelnen die Sache in irgendeiner Weise besonders darstellen. Berücksichtigt man, daß letzten Endes der objektive Standpunkt das Resultat der Summe der zahlreichen übereinstimmenden subjektiven Meinungen darstellt, dann sind letztere maßgebend für die Feststellung einer Eigenschaft eines Dings. Dies läßt erkennen, daß die Feststellung einer Eigenschaft, also die nähere Bezeichnung des Zu-

3) Holtz S. 57; Enneccerus I, 2, 336; Crome II, 454.

stands der Sache, den Gesichtspunkten des Betrachters, nicht etwa einer allgemeinen Auffassung unterworfen ist.

Es kann aber auch eine nach Verkehrsauffassung fehlerhafte Sache dem Geschäftszweck entsprechend angesehen werden und tatsächliche Fehler den Eigenschaften gleichsetzen. Es sind die Fälle gemeint, in denen z. B. kranke Tiere zu Studiumszwecken, fehlerhafte Ware zu besonderen Verkaufstagen, sumpfige Gelände zu Kultivierungsversuchen, getauft werden. Hier sind gerade die Merkmale, die gewöhnlich als Fehler bezeichnet werden, zu positiven Vertragsmerkmalen erhoben und im Sinne der Parteien vorteilhafte Merkmale geworden, also Eigenschaften. Die Beurteilung der Eigenarten der Sache ist hier von einem ganz persönlichen Standpunkt getroffen, entspricht durchaus nicht der allgemeinen Anschauung. Auch diese Merkmale werden als Eigenschaften der Sache bezeichnet, da gerade sie dem Willen der Parteien und dem besonderen Zweck entsprechen. Es ist also jedes Merkmal, das Gegenstand eines besonderen individuellen Interesses ist und in irgendeiner Weise für die Sache charakteristisch und im positiven Sinne eigentümlich ist, eine Eigenschaft derselben.

Damit ist zugleich gesagt, daß es keine qualitative Ordnung der Eigenschaften gibt. Es kann bei dem einzelnen Rechtsgeschäft wesentliche und unwesentliche Eigenschaften geben. Begrifflich stehen alle Eigenschaften einander gleich.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß der Begriff der juristischen natürlichen Eigenschaft diejenigen Merkmale einer Sache umfaßt, die nach subjektiver Beurteilung eine Eigenart der Sache kennzeichnen, die im Sinne des betreffenden Falles etwas Positives über die Eignung der Sache andeuten, die aber nicht zu den Grundelementen der Sache gehören.

§ 6.

Die Frage, die jetzt behandelt werden muß, ist folgende: Ist der Rechtswissenschaft mit dieser auf Grund des Sprachgebrauchs erfolgten Begriffserklärung Genüge getan? Die Sprache beschränkt sich darauf, die physischen Merkmale als Eigenschaften zu bezeichnen. Kann nun eine Sache als ein von der Umwelt abgeschlossenes Ganzes, sozusagen als Welt für sich betrachtet werden, oder gewinnt sie nicht durch

ihre Einordnung in ihre Umgebung Faktoren, die ihr neue Merkmale aufprägen? Sind für die Beurteilung der Sachen nicht auch ihre Beziehungen und Verhältnisse wesentlich und wie können dieselben bezeichnet werden? Das wird in der Folge als erstes zu behandeln sein.

Weiterhin soll erörtert werden, was unter den Eigenschaften einer Sachgesamtheit zu verstehen ist. Oben ist gesagt worden, daß die Sachgesamtheit entweder der Sache im § 459 gleichgestellt wird oder aber der § 459 auf dieselbe analog angewendet wird. Welches sind in diesen Fällen die Merkmale, die mit dem Wort Eigenschaft bezeichnet werden?

Theorie wie Praxis sind sich darüber einig, daß der von der Sprache übernommene Begriff der natürlichen Eigenschaft bei weitem nicht alles das erfaßt, was für die Beurteilung einer Sache von Wert ist. Eine Sache erhält auch durch die Art, wie sich ihre Beziehungen zu der Umwelt darstellen, Merkmale. Bevor das Reichsgericht im 52. Bd. S. 1 für diese Beziehungen, die durch die veränderten Erscheinungsformen des modernen Verkehrs für die Beurteilung einer Sache beachtenswert wurden, eine grundlegende Definition für den notwendigerweise erweiterten, juristischen Begriff der Eigenschaft gab, hatte sich die Rechtswissenschaft nur von Fall zu Fall mit der Bezeichnung eines solchen Merkmals als Eigenschaft befaßt. Die zitierte Entscheidung brachte eine Zweiteilung, indem sie die natürlichen Eigenschaften streifte und in der Hauptsache sich der Erklärung einer weitergehenden Auffassung widmete. Sie nennt Eigenschaften einer Sache „nicht nur die natürlichen der Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die in Beziehungen zu anderen Personen oder Sachen wurzeln und zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen."[1] Der größte Teil der nun folgenden Entscheidungen legte diese Begriffsbestimmung zugrunde, und vor allem hat sich auch

1) Die Grundlage dieser Definition gibt das ALR., das durch seine Bestimmung I, 4 § 81 für die Entwicklung und Festlegung des Eigenschaftsbegriffs maßgebend wurde. Die Ausführungen des Reichsgerichts in Bd. 20,94 (Gehört nach ALR. der Wert einer Sache zu den Eigenschaften derselben?) sowie in Bd. 21, 311 (Der Revenuenbeitrag beim Hausverkauf) über den für das Gebiet des ALR. geltenden Eigenschaftsbegriff wurden zugrunde gelegt, ja, die Eixierung des Begriffs im 52. Bd. zeigt die wörtliche Uebernahme der für das ALR. im 21. Bd. maßgebenden Erörterungen. Siehe auch Gruch. 13, 521; JW. 1885, 24; RG. IV, 21, 5. 85.

die große Mehrzahl der Autoren diese Auffassung zu eigen gemacht und übernommen.[2]

Die Zweiteilung der Definition kann nicht den Gedanken aufkommen lassen, daß hier der „Eigenschaftsbegriff mit Gewalt gegen seine innere Natur ausgedehnt worden sei",[3] sondern es soll lediglich der feststehende und von der Sprache geklärte Begriff der physischen Eigenschaften dahin ergänzt werden, daß als Eigenschaften juristisch auch solche Beziehungen bezeichnet werden, die durch ihr enges Verbundensein mit der Sache ihrem Wesen nach und auch der Bedeutung nach, die solche Beziehungen zu der Umwelt für die Sache im Auge des Verkehrs haben, als der Sache eigen bezeichnet werden müssen. Wird dieses berechtigte Verlangen des Verkehrs anerkannt, dann muß auch der zugrunde liegende Sprachbegriff in der oben gekennzeichneten erweiterten juristischen Begriff umgeformt werden.

Weiterhin soll nun untersucht werden, ob die Begriffsbestimmung des Reichsgerichts anerkannt werden kann.

Die Beurteilung eines Gegenstandes ist nicht immer nur auf den oben gekennzeichneten natürlichen Eigenschaften aufgebaut, aber auch nicht immer auf einem bestehenden Verhältnis. Es können auch Verhältnisse der Vergangenheit für die Eigenart der Sache von Bedeutung sein. Es ist an Gebrauchsgegenstände gedacht, die z. B. einmal im Besitze einer historischen Persönlichkeit gewesen sind. Das Verhältnis, das in diesen Fällen durch den Besitz dargestellt wurde, ist lange erloschen. Es bedeutet aber für die Eigenart der Sache etwas im Auge der Interessenten, hebt die Sache aus der sonst belanglosen Gattung von Dingen heraus. Es handelt sich nicht um ein der Sache zugehöriges reales Merkmal. Das für die Beurteilung derselben maßgebende Moment liegt in der gegenwärtigen Wirkung, die diese ehemaligen Verhältnisse auf die Ansicht über die Sache ausüben.[4] Die Gegenwart sieht in solchen ehemaligen Verhältnissen ideelle Merkmale. Sie bezeichnet die Eigenart des Dings, daß es einmal in der Hand eines bestimmten Menschen gewesen ist, als dessen besondere

2) RG. 52, 2; 59, 120; 59, 243; 61, 86; 101, 416; JW. 06, 379, 5; Endemann S. 990 Anm. 23; Oertmann 424 b; Planck II, 2. 698; Staudinger 509, 4 a; Crome in Recht 02, 333; Seuff. Arch. 58. 5; DJZ. 03, 501; OLG. Frankfurt IX S. 1 u. 2; Ichenhäuser S. 17; Kist S. 53; Schultetus S. 8; Mainz S. 70; a.A.: Holtz S. 60 ff.; anscheinend abweichend JW. 05, 389.

3) Ungewitter S. 34; vgl. dazu Holtz S. 58.

4) RGRK. S. 66 Bd. II; Oertmann.

Eigentümlichkeit. Die enge Verbindung der Sache mit einer anderen oder einer Person auf Grund eines vergangenen Verhältnisses übt auf ihren gegenwärtigen Bestand eine solche Wirkung aus, daß sie sich in den Augen des Beschauers als ein besonderes Merkmal, als Eigenschaft, darstellt.[5] Eine Sache kann von einem Kreis besonders interessierter Menschen mit besonderen Merkmalen bekleidet sein, die auf die Einschätzung der Sache einen ausschlaggebenden Einfluß ausüben und unter den Begriff der Eigenschaft geordnet werden müssen.

Weiterhin sollen als Beispiele die vielen Markenerzeugnisse, wie sie täglich durch unsere Hände gehen, genannt werden, die durch ihre Herkunft aus einer bestimmten Fabrik, aus bestimmten Gegenden, besondere Merkmale aufweisen, die, begründet in dem Verhältnis zwischen Erzeuger und Produkt, der Sache ein besonderes Gepräge geben.[6] Die Tatsache, daß ein Ding einem bestimmten, anerkannten Erzeuger seinen Ursprung verdankt, ist im Verkehr eine Gewähr für Tauglichkeit und Güte. Das Wissen über den Erzeuger verbindet der Betrachter im Augenblick mit einer gewissen Garantie für Qualität. Die Beurteilung der Sache geht von dem Gesichtspunkte aus, daß sich in den Merkmalen die anerkannte Hand und der Geist des Erzeugers zeigt. Dieses vergangene Verhältnis ist bedeutend enger als die eben behandelte Gruppe. Die Eigenart der Sache wird auch dann, wenn der Erzeuger lange vergangen ist, durch die Herkunft besonders gekennzeichnet.

Nach diesem Gedankengang ist auch die Frage, ob die Echtheit eines Bildes eine Eigenschaft desselben sei, zu behandeln. Auch abgesehen von Fällen rein spekulativen Charakters steht im Handel die Echtheit eines Bildes nie sicher fest.[7] Gerade die Echtheit, die Tatsache, daß das eine oder das andere Kunstwerk seinen Ursprung einem Mann mit Namen verdankt, ist etwas, was dem Betrachter die Eigenart des Bildes bedeutet. Das Reichsgericht[8] sagt, daß für den Erwerber der Wille zugrunde liegt, ein solches Bild zu erstehen, das ihn als Besitzer eines besonderen Werkes auszeichnet. „Echtheit sei mit der Maßgabe Eigenschaft, als de-

5) RG. 3. 2. 09 V, 171/08.
6) Recht 1910, 1513.
7) OLG. München, Seuff. Arch. 65, 90.
8) RG. 115, 239; Recht 1927, 21; Warn. Rspr. 1916, 244; 114, 287.

ren Fehlen nach dem Vertrage die Tauglichkeit des Werkes erheblich herabsetzt." Dem ist nicht ganz zuzustimmen. Echtheit ist insofern eine Eigenschaft, als durch diese das Ding dem Betrachter eine Idee desjenigen, der es geschaffen hat, verkörpert und vermittelt, und insofern, als der Name so viel bedeutet wie der Grad der Tauglichkeit, Güte etc. Die Tatsache, daß eine Sache einem bestimmten Erzeuger zuzuschreiben ist, bedeutet eine Eigenschaft der Sache. Sie besteht schon und wird im besonderen Falle nicht erst durch die Tauglichkeit des Werks nach dem Willen der Parteien als Eigenschaft anerkannt. Wenn im täglichen Leben auch auf den Ursprung der Ware weniger Wert gelegt wird, so handelt es sich im einzelnen Fall nur um eine nebensächliche Eigenschaft, aber trotzdem um eine. Im Verkehr ist die Echtheit gleichbedeutend mit besonderen Eigenschaften. Dabei ist es unwesentlich, ob der Ursprung des Dings auf einen einzelnen zurückgeführt wird[9] oder ob die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Epoche[10] sich in den Merkmalen verkörpert.

In manchen Fällen wird es schwer sein, eine Grenze zwischen solchen Verhältnissen der Vergangenheit, die in ihrer Bedeutung für die Gegenwart Eigenschaften sind, und den gegenwärtig bestehenden Verhältnissen zu ziehen.[11] Es macht für die Beurteilung der Verhältnisse im juristischen Sinne die genaue Grenzziehung nicht viel aus. Ohne der Behandlung der bestehenden Verhältnisse vorzugreifen, kann schon hier gesagt werden, daß es entsprechend den Richtlinien, die der Begriff der natürlichen Eigenschaft gegeben hat, hier wie dort keine Eigenschaften der Zukunft gibt, d. h. daß Verhältnisse, in die die Sache einmal und wenn auch mit Bestimmtheit hineingestellt wird, nicht als Eigenschaften gewertet werden können. Es widerspricht dem Begriff der Eigenschaft, eine solche z. B. in dem Falle anzunehmen, wenn ein Fernstehender die unumstößliche Absicht hat,[12] die betreffende Sache zu erwerben, oder der Bebauungsplan einer Stadt[13] den Ankauf eines Grundstücks vorsieht. Das sind keine Verhältnisse, die im Wesen der Sache einen Grund finden. Es sind Spekulationsmomente, die jemanden zu ei-

9) Vgl. Riezler, JW. 1926, 2532 in einer Anm. zur RGE.
10) Kiehl, L.Z. 1921, 464.
11) s. Hillebrandt, S. 58.
12) Z.f.R. 1, 442.
13) Ichenhäuser S. 20.

nem bestimmten Handeln reizen können. Es fehlen die unmittelbaren Beziehungen, die von den relevanten Verhältnissen einer Sache verlangt werden, die Verankerung in der Sache selbst, die ein tatsächliches gegenwärtiges Bestehen einer Beziehung voraussetzt.

Die Verhältnisse, die im rechtlichen Sinne als Eigenschaften aufgefaßt werden, kennzeichnen sich als enge, auszeichnende Verbindungen der Sache mit einer oder einer Reihe von Erscheinungen der Umwelt, die quasi eine Brücke von der Sache zu einer anderen oder einer Person spannen. Unter Zugrundelegung des Begriffs im Sinne der Sprache ist für die Anerkennung eines Verhältnisses als Eigenschaft Bedingung, daß es eine Eigenart der Sache, die nicht losgelöst von ihrer Umgebung betrachtet werden kann und die sich erst durch Eingliederung und Anpassung charakterisiert, kennzeichnet. Eine Sache stellt sich nicht nur als eine Welt für sich dar, sondern auch als Teil eines Ganzen. Die Beantwortung der Frage, wie sich die Sache einfügt, bezeichnet die besonderen Eigenarten der Sache, die sich gerade in der Verbindung mit der Umwelt zeigen.

Wenn nun die nahen Beziehungen einer Sache zur Umwelt als „Verhältnis"eigenschaften anerkannt werden sollen, müssen sie zuerst der Forderung genügen, entsprechend dem Wesen einer natürlichen Eigenschaft, zeitlich von langer, oder doch von einer für das Wesen der Sache bedeutsamen, gewissen Dauer zu sein. Die Eigenschaft einer Sache ist der Ausdruck ihres Wesens. Ein Wesensmerkmal bedingt einen gewissen zeitlichen Bestand, dementsprechend auch ein Verhältnis, das für die Eigenart einer Sache von Bedeutung sein solle.

Aus der Fülle der Kasuistik seien einzelne Fälle als Beispiele für die Bewertung von gegenwärtigen tatsächlichen Verhältnissen als Eigenschaften angeführt. Die Behandlung der Verhältniseigenschaften wird dann mit der Untersuchung, wie sich eine Sachgesamtheit dem Beschauer in ihren Merkmalen darstellt, abgeschlossen werden.

Ein Beispiel für die Kennzeichnung des bisher und weiterhin behandelten scheint besonders geeignet. Das Leuchtgas weist drei Gruppen von Merkmalen auf. Die chemische Zusammensetzung ist nach Sprachgebrauch Eigenschaft, im rechtlichen Sinne nicht, da sie hier überhaupt Voraussetzung

für den Begriff Leuchtgas ist. Nach Sprachgebrauch und im rechtlichen Sinne natürliche Eigenschaften sind die Merkmale, daß das Gas hell, ohne Geruch und Rückstände verbrennt. Der Druck des Gases aber, der im naturwissenschaftlichen Sinne keine Beschaffenheit desselben ist, stellt sich als ein Verhältnis dar, das durch seine Dauer, seine Eignung und Abstellung zum praktischen Gebrauch eine Eigenschaft des Gases ist.[14]

Die günstige Lage eines Grundstücks bezeichnet dasselbe mit einem besonderen Merkmal,[15] ebenso die Mietverträge desselben.[16] Die als Eigenschaften bewerteten Verhältnisse einer Sache müssen geeignet sein, dieselbe in ihrem Umfang und Wirkungen zu kennzeichnen, sie müssen in der Sache wurzeln und sie mit der Umgebung eng verbinden.[17] Das Reichsgericht[18] gab für die Beurteilung eines Verhältnisses auch weiter eine Richtlinie an, indem es sagte, daß für die Annahme einer Eigenschaft bei tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen wesentliches Erfordernis ist, daß diese durch ihre unmittelbare Beziehung auf die Sache für deren Wertbestimmung maßgebend sind. Tatsächliche Verhältnisse dekken sich im wesentlichen mit wirtschaftlichen und sozialen. Sollen solche als Eigenschaften gelten, haben sie die Forderung des engen Verbundenseins mit der Sache zu erfüllen und haben auch bei der Bewertung der Sache durch den Beschauer mitzuwirken. Nach den grundlegenden Aeußerungen des Reichsgerichts sollen die Verhältnisse nach den „Verkehrsanschauungen" einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache ausüben. Die Tatsache, daß eine Sache einen gewissen Wert hat, besagt, daß ihr irgendwelche positiven Eigenschaften bezw. Verhältnisse innewohnen. Die Bewertung solcher natürlicher oder Verhältniseigenschaften liegt im einzelnen Fall bei dem subjektiv betrachtenden Interessenten. Wenn das Reichsgericht später[19] die Maßgeblichkeit der Verhältnisse für die Wertbestimmung als Erfordernis für die Anerkennung als Eigenschaften aufstellt, dann kann dem nur mit der Auslegung zugestimmt werden, daß die Wertbestim-

14) RG. 117, 317.
15) Recht 1909, 447.
16) Seuff. Arch. 59, 268; DJZ. 08, 501.
17) Vgl. die bei Hillebrandt im Anhang angeführten Beispiele.
18) JW. 07, 4.
19) JW. 07, 4.

mung nicht einer algemeinen objektiven Auffassung unterworfen ist, daß also, wie früher gewollt,[20] allgemeine Verkehrsanschauungen nicht durchweg maßgeblich sind. Die Feststellung eines Verhältnisses als Eigenschaft bleibt der Würdigung der Sachlage im besonders gearteten einzelnen Fall überlassen. Es wird — quaestio facti — Sache der praktischen Auswirkung der Rechtswissenschaft sein, festzustellen, ob der Interessierte als verständiger Mann, also frei von Eigensinn, übler Laune und Schikane, für seine subjektiven Anschauungen gerechter Weise Rechtsschutz, also Anerkennung der von ihm als maßgeblich für die Wertbestimmung einer Sache betrachteten Verhältnisse — mögen sie nach Verkehrsanschauung auch ganz unwesentlich sein — verlangen kann.

Es muß also festgestellt werden, daß solche Verhältnisse als Eigenschaften anzuerkennen sind, die einmal mit der Sache eng verbunden, dann aber auch für die subjektive Wertbestimmung mit Recht von Bedeutung sind.

Der Wert einer Sache ist der Ausdruck der Summe der Eigenschaften, und insofern ein Maßstab für Vorhandensein und Qualität derselben, er ist aber nicht selbst Eigenschaft, weil er nicht in der geforderten engen Verbindung mit der Sache steht, sondern sich durch eine Gruppe von Merkmalen, die Eigenschaften, erst auf die Sache bezieht. Ebenso stellt der Einkaufs-, Verkaufs- und Selbstkostenpreis keine Eigenschaft der Sache dar. Als Tauschwert wird er auch nur zum Teil von der Eignung, also den vorliegenden Eigenschaften der Sache bestimmt, in der Hauptsache aber durch Herstellungskosten, Angebot und Nachfrage pp., also Faktoren, die Wesensmerkmale der Sache nicht sind.

Es gehört also unter obigen Gesichtspunkten für die Anerkennung einer Eigenschaft zu den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen einer Sache z. B., daß sie als Exportware die richtige Verpackung aufweist, daß sie an einem bestimmten Ort zwecks Versand eingelagert ist, daß sie in einem bestimmten Monat in Uebersee — verzollt oder unverzollt — abgeladen werden kann.[21] Die Richtlinien für die Beurteilung sind gegeben. Beispiele von Verhältnissen, die als Eigenschaften angegeben sind, können viele genannt wer-

20) RG. 52, 1.
21) RG. 91, 307.

den.[22] Im Zusammenhang damit sei noch der Fall erwähnt, in dem es sich um verfälschte Banknoten handelt, die zum Wechseln an einer Kasse eingereicht wurden. In diesem Fall ist maßgebend, daß gerade die bestimmten Noten hereingereicht wurden, deren Echtheit als Eigenschaft anzusehen ist. Eine Fälschung würde Rechtsmangel bedeuten, eine Verfälschung ist Sachmangel. Die Note zeigt nicht die Eigenschaften, die von ihr verlangt werden. Das Wesentliche ist dabei, daß es sich um eine bestimmte, gerade die Note handelt, die in der Hand gehalten wird, und daß die Verfälschung einer echten Note zu einem höheren Wert gleichbedeutend ist mit einem Mangel der vorliegenden, bestimmten Sache. Hier sind tatsächliche Verhältnisse, Eigenschaften als vorliegend anzuerkennen.[23]

Weiterhin sollen solche tatsächlichen Verhältnisse besprochen werden, die Zweifel über ihre Anerkennung als Eigenschaften erwecken können und von besonderem Interesse sind.

Die Qualität einer beweglichen Sache, die Beurteilung einer Sache nach ihren Eigenschaften, wird in vielen Fällen verkörpert durch quantitative Merkmale. Die Stärke, Größe, Gewicht, Länge sind gleichbedeutend mit Haltbarkeit, Festigkeit etc. Quantitative Feststellungen, die einzelne Sache betreffend, können sich als qualitative Merkmale, Eigenschaften der Sache, zeigen. Reine Quantitätsangaben als Bestimmung einer Summe von einzelnen Genussachen sind keine Eigenschaften der Sachen, da sie nicht eine Eignung und Güte der Sache selbst ausdrücken, sondern ein zu Wenig oder zu Viel in der Häufung von Sachen gleichen Charakters. Die Quantität kann als Qualität, als Eigenschaft, gewertet werden, wenn sie den Zustand einer in sich abgeschlossenen Sache besonders kennzeichnet. Diese Auffassung entspricht dem gekennzeichneten Eigenschaftsbegriff. Nach den besonderen Umständen des Falles wird es sich entscheiden, ob

22) Baubeschränkung durch Fluchtlinienfestsetzung (RG. 69, 356; JW. 12, 72; RG. Warn. 13, 224), Kennzeichnung des Wertes eines Hauses durch die Höhe der Feuerversicherungssumme (RG. 54, 225; Gruch. 48, 334). Höhe der Steuern und Abgaben, der Pachtzinsen (RG. Seuff. Arch. 40, 102; RG. Schles. Holst. Anz. 1915, 74), Mieterträgnisse eines Grundstücks (Seuff. Arch. 59, 268; DJZ. 08, 501), Schwammverdacht eines Grundstücks (RG. JW. 1906, 548; 1907, 1140, 1307; Gruch. 50,98), öffentlichrechtliche Hindernisse der Bebauung eines Grundstücks (RG. Recht 1918, 1520), vgl. fernerhin die bei Hillebrandt im Anhang systematisch zusammengestellten Verhältniseigenschaften.

23) RG. 108, 280, 316.

eine Sache, die der Quantitätsangabe entspricht, damit durch eine Eigenschaft ausgezeichnet wird, oder, wenn das nicht der Fall ist, einen Qualitätsmangel aufweist.[24]

Bezüglich der Größe eines Grundstücks trifft das BGB. eine besondere Bestimmung. Es heißt im § 468 I: „Sichert der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer eine bestimmte Größe des Grundstücks zu, so haftet er für die Größe w i e für eine zugesicherte Eigenschaft." Damit ist gesagt, daß die Grundstücksgröße als Angabe zum Zweck katastermäßiger, näherer Bezeichnung für die Feststellung der Identität grundsätzlich nicht als Kennzeichnung einer Eigenschaft aufzufassen ist.[25] Das bloße Wissen von der Größe eines Grundstücks, das dem Interessenten lediglich einen allgemeinen Eindruck vermittelt, soll nicht geeignet sein, die Größe als Eigenschaftsmerkmal zu kennzeichnen.[26] Durch den Gesetzestext ist weiter gesagt, daß der Gesetzgeber eine Quantität dann als Qualität beurteilt wissen will, wenn im einzelnen Falle die Größe durch die Parteiabreden eine besondere Bedeutung erhalten hat. Wenn ein Grundstück hinter der ihm zugeschriebenen Größe zurückbleibt, wird es im allgemeinen schwer festzustellen sein, ob dadurch auch die Qualität herabgesetzt wird. Um für diese Fälle Schwierigkeiten vorzubeugen, entscheidet das Gesetz positiv dahin, daß grundsätzlich die Quantitätsbezeichnung eines Grundstücks nicht als Eigenschaft zu werten ist, daß aber im besonderen Falle, wenn von den Parteien der Größe erhöhte Bedeutung beigemesen wird, damit auch eine Qualifikation des Grundstücks erfolgt.[27]

Dagegen ist die Quantität eines auf dem Grundstück vorhandenen Tonlagers, das für die entsprechenden Zwecke genügend ist, ein Merkmal des Grundstücks, weil damit auf dessen Größe selbst ja nicht Bezug genommen wird.[28] Dagegen würde das Vorhandensein von Inventar- oder Ausrüstungsgegenständen des Grundstücks keine Eigenart desselben sein, weil dadurch das Wesen des Grundstücks nicht berührt wird.[29]

---

24) Mot. II, 233; Seuff. Arch. 62, 205.
25) Mot. II 232.
26) Seuff. Arch. 68, 230; Recht 1920. 1851; ebenso Staudinger 468, 3.
27) Gruch. 50, 373; RG. Recht 08, 963.
28) Warn. E. 1914, Nr. 12.
29) Thiele, D.Not.V. 1911, 624.

Als Eigenschaften im rechtlichen Sinne sind also solche tatsächlichen Verhältnisse erkannt worden, die eine Sache, und gerade nur die eine betreffende, so eng mit der Umwelt verbinden, daß sie sich dadurch besonders schätzenswert, in ihrem Wesen beeinflußt und durch ihre Eignung hervorragend darstelle. Solche Verhältniseigenschaften beruhen aber nicht nur auf tatsächlichen Beziehungen. Auch rechtliche Beziehungen können für die besondere Prägung einer Sache von Wichtigkeit sein. Sie sind nach denselben Richtlinien zu werten.[1]

Einige Beispiele sollen dafür angeführt werden. Betrachtet man z. B. den Fall, daß ein kostbarer Diamant in einer Fassung als Ring mit einem Pfandrecht belastet ist. Die Fassung als tatsächliches Verhältnis wird für die Beurteilung des Diamanten weniger von Bedeutung sein als die Tatsache der Belastung, die sich als eine rechtliche Beziehung darstellt.[2] Dieses rechtliche Verhältnis erfüllt alle Forderungen, die für die Anerkennung als Eigenschaft gestellt wurden. Es haftet der Sache engstens an, ist von einer gewissen Dauer und beeinflußt die Wertschätzung außerordentlich. Die Sache hat nicht nur einen Teil des tatsächlichen Werts verloren sie ist auch der Verwendungsmöglichkeit weitgehend entzogen. Ein weiteres Beispiel: Für ein Grundstück ist im Auge des Betrachters bedeutend und kennzeichnend, wenn dasselbe unter Belastung abnormer Hypotheken zusammenzubrechen droht, wenn Mietverträge mit Mietern abgeschlossen sind, die nicht zahlungsfähig sind[3] und nur mit Schwierigkeiten aus dem Haus zu entfernen sind. Es lassen sich viele solche Verhältnisse anführen. Der Verkehr wird bei tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen keinen Unterschied machen. Die rechtlichen Verhältnisse, die auf die Eigenart und Wertbemessung der Sache einen so großen Einfluß haben, daß sie ihr geradezu eigentümlich werden, die die Sache in einem durchschnittlichen, besonderen oder abweichenden Licht zeigen, die werden Merkmale der Sache, typische Kennzeichen zur Unterscheidung und Charakterisierung. Als Eigenschaft

1) Vgl. Anm. 2, S. 10.
2) Recht 1908, Bd. II, 246.
3) RG. JW. 1912, 910; 2647; Gruch. 56, 930; a.A.: RG. Recht 1912, 38.

eines Grundstücks kann u. a. noch genannt werden, daß ein mit dem Haus verbundenes Untersagungsrecht[4] vorliegt, ferner die Berechtigung des Zugangs zu einem Grundstück[5]; die Freiheit von Betretungs- und Durchgangsrechten Dritter[6]. In allen diesen Fällen ist die Sache durch Verhältnisse gekennzeichnet die in ihr verwurzelt sind und sie mit der Umwelt eng verbinden. Es handelt sich aber auch um Verhältnisse und Beziehungen, die gerade nur die spezielle Sache auszeichnen und nicht ebenfalls für irgendwelche anderen Sachen von Bedeutung sind.

§ 8.

Sind bisher die Eigenschaften von Sachen, beweglichen und unbeweglichen, die rechtlich maßgebenden Verhältnisse, behandelt worden, so ist darauf zurückzugreifen, daß von der Gesetzesvorschrift des § 459, wie oben schon gesagt wurde, auch die Sachgesamtheiten analog behandelt werden. Was begrifflich zum Wesen eines solchen unkörperlichen Gegenstandes zu rechnen ist, und geeignet ist, durch seine Zugehörigkeit die Gesamtheit als eine in sich abgeschlossene Einheit zu zeigen, das sind die Merkmale, die Verhältnisse, die Eigenschaftscharakter haben.

Handelt es sich um eine solche Sachgesamtheit, z. B. um ein Fabrikunternehmen, das als Ganzes Geschäftsgegenstand ist, so lassen sich demnach eine Menge von Verhältnissen als Eigenschaften im juristischen Sinne werten. Es können für das Wesen der Sachgesamtheit von Bedeutung sein: Die Lage, die Kraftversorgung, die Bahn- und Wasserverbindungen, die sozialen Arbeiterverhältnisse, der Umsatz, der Gewinn, der Kundenkreis, die Fabrikate, die als Markenartikel bekannt sind und vieles andere. Die Merkmale einer Sachgesamtheit, die eine Zusammenballung der verschiedensten Dinge zu einem wirtschaftlichen Zweck darstellt, zeigen, wie das Zusammenarbeiten und Ineinandergreifen sowohl nach innen wie nach außen hin wirksam ist, auf welchen Voraussetzungen, gegebenen Verhältnissen es beruht, und wie es aktiv solche Verhältnisse als Auswirkungen des Ganzen schafft und ermöglicht. Die Wertschätzung, der Gradmesser

4) RG. 61, 84.
5) Recht 1907, 971, 2269.
6) Recht 1911, 2319; Gruch. 55, 914.

für die Verhältnisse als Eigenschaften, berücksichtigt nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten solche Beziehungen, die den Geschäftsgegenstand als Teil in ein Ganzes in genügender, guter, vorteilhafter Weise einfügen und als seine Eigenarten wirken. Diese Eigenarten, erkennbar in den die Sache eng umgebenden und kennzeichnenden Verhältnissen, sind Eigenschaften, wenn sie — von gewisser Dauer — in der Sachgesamtheit begründet sind.[1]

Sind eben im wesentlichen tatsächliche Verhältnisse als Eigenschaftsmerkmale der Sachgesamtheit genannt worden, so können auch hier rechtliche Verhältnisse den Eigenschaften derselben zugerechnet werden, wie z. B. das Merkmal, das in einem Unternehmen nach patentamtlich geschützten Verfahren gearbeitet wird, daß ein Geschäft dagegen geschützt ist, das sich in demselben Haus, derselben Straße ein solches gleicher Art niederläßt und dergleichen, unter Berücksichtigung des genannten Grundsatzes, daß sie für die Wertschätzung der Sache selbst maßgebend sein müssen.

Wenn nun nicht das Unternehmen als Ganzes Geschäftsgegenstand ist, sondern nur ein Anteil an demselben, eine Aktie, sind dann die Eigenschaften der Sachgesamtheit auch als Eigenschaften der Aktie zu werten? Diese Frage muß verneint werden, da es sich dann nicht um eine unmittelbare Beziehung zu der Sache, der Aktie handelt. Die Aktie verkörpert ein Recht an dem Gesellschaftsvermögen. So ist es auch abgelehnt worden[2], die Beschaffenheit der Grubenfelder und Erze eines Bergwerks als Eigenschaften der Aktien des Bergwerks anzusehen. Als Sacheigenschaft kann sich ein Merkmal an der Urkunde selbst zeigen. Die Beschaffenheit der Grubenfelder und Erze als Eigenschaften der Aktie zu werden, geht nicht an, da sie sich nicht als unmittelbares Merkmal des Papiers kennzeichnen[3].

Anders liegt der Fall bei einem Verkauf sämtlicher Geschäftsanteile einer G.m.b.H. und ebenfalls auch sämtlicher Aktien einer A.G. Das wirtschaftliche Ziel eines solchen Verkaufs geht dahin, das Unternehmen selbst zu über-

---

1) In der Praxis sind — herausgegriffen aus einer Fülle von Entscheidungen — als Eigenschaften gewertet worden: die Kundschaft (Recht 1921, 1331), Höhe der Geschäftsschulden (RG. 100, 201), Reinertrag (RG. 56, 173; 63, 57), vgl. den Anhang bei Hillebrandt.

2) RG. 59, 240; JW. 05, 120; Gruch. 59, 630; JW. 06, 378; Staudinger § 459 III. 4.

3) Ebenso Oertmann S. 538; Düringer-Hachenburg 320; dagegen Staub Bd. IV, S. 441.

tragen, und eine solche Uebertragung ist in diesem Fall nur möglich durch Uebergang der Geschäftsanteile[4]. Der Verkehr sieht im Verkauf einer solchen Summe von Geschäftsanteilen eine Veräußerung des Unternehmens selbst. Der Vertrag ist auf diesen Erfolg abgestellt. Da es keine andere Möglichkeit des Uebertragens gibt, ist die Beschaffenheit der Häuser, Vorräte etc. als Eigenschaft anzusehen. Diese Ansicht und Anpassung an wirtschaftliche Forderungen ist berechtigt. Ebenso verhält es sich, wenn ein verkauftes Recht unmittelbar zum Besitz einer Sache ermächtigt. Auch hier muß die Beschaffenheit der Sache als Eigenschaft gewertet werden[5].

Auch bei der Beschaffenheit solcher Sachgesamtheiten kann die Quantität Eigenschaftscharakter haben. Das zum Betriebe nötige Inventar und Warenlager hat Eigenschaftscharakter, wenn für das Funktionieren des geschäftlichen Betriebes ein bestimmtes Quantum Voraussetzung ist[6].

Als Eigenschaften einer Sache im juristischen Sinne können nun zusammenfassend genannt werden sowohl die physischen Merkmale einer Sache, wie auch die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die in der Sache wurzeln und nach ihrer Dauer auf das Wesen der Sache von Einfluß sind und für die Wertschätzung der durch diese engen Beziehungen ausgezeichneten Sache von Bedeutung sind. Maßgebend ist nicht eine allgemeine Verkehrsauffassung, sondern die im einzelnen Falle besondere der Parteien. Die Eigenschaften sind begrifflich alle einander gleich und nicht einer Teilung in wesentliche und unwesentliche unterworfen.

§ 9.

Bei der Untersuchung des Begriffs der „zugesicherten Eigenschaft" ist getrennt nach dem Begriff der „Eigenschaft" und der „Zusicherung" zu fragen. Der letztere Begriff soll nunmehr in den Kreis der Betrachtungen gezogen werden.

Vorweg sei bemerkt, daß Gegenstand der Zusicherung jede Eigenschaft im juristischen Sinne sein kann, ja, wie wir gesehen haben, kann durch eine besondere Hervorhebung unter Umständen ein Merkmal den Charakter einer Eigenschaft annehmen.

4) RG. 98, 289; 120, 287; 122, 380.
5) RGRK. 363, 2; Oertmann 420, 1.
6) RG. 98, 292.

Die Zusicherung gehört zu der Gesamtheit der Aussagen, die der Verkäufer im Zusammenhang mit dem Verkauf über den Verkaufsgegenstand macht. — Daß eine solche Zusicherung auch bei anderen dem Kauf ähnlichen Geschäften stattfindet, sei vorerst nur erwähnt, für die grundsätzliche Behandlung der Frage spielt dieser Umstand keine Rolle. — Es ist nun zu prüfen, welche der oben bezeichneten Aussagen den Charakter einer Zusicherung haben und welches dieser Charakter ist. Weiterhin wird zu prüfen sein, welche juristische Form eine solche Zusicherung erfüllt, ob sie als einseitige oder zweiseitige Willenserklärung aufzufassen ist, ob sie im besonderen unter die Formvorschrift, die etwa für den Vertrag gilt, fällt.

Zunächst wird die Zusicherung von solchen Aeußerungen des Verkäufers abzugrenzen sein, die lediglich einfache Anpreisungen darstellen und demnach nicht rechtsverbindlich sind. Unter Anpreisungen sind solche Erklärungen des Verkäufers zu verstehen, die als gelegentliche marktschreierische Aeußerungen den Stempel mangelnder Ernstlichkeit tragen und denen auch von keiner Seite ernstlich Gewicht beigelegt wird.[1] Schon das gemeine Recht[2] macht diesen Unterschied zwischen Anpreisungen und Zusicherungen. Auch in den Motiven wird die Auffassung vertreten, daß der Unterschied durch die Ernstlichkeit des Verkäufers ohne Schwierigkeit festgestellt werden könnte. Ein weiterer Gesichtspunkt für die Feststellung einer Aeußerung als Anpreisung ist das unter anderen von Staub[3] vertretene Merkmal der Allgemeinheit und Unbestimmtheit der gebrauchten Ausdrücke. Es ist im Gegensatz zu Wetzel[4] zu sagen, daß in der unbestimmten Bezeichnung „Prima Qualität", „Erstklassigkeit der Ware", „eine bessere gibt es in ganz Nürnberg nicht", die Merkmale einer Anpreisung zu sehen sind. Wetzel stellt als Kriterium der Anpreisung ebenfalls hin, „daß sie nicht ernstlich gemeint sei und in der Erwartung abgegeben werde, nicht verkannt zu werden". Sollte wirklich eine Aeußerung wie „eine bessere Ware gibt es in ganz Nürnberg nicht" in der Erwartung ausgesprochen sein, daß sie vielmehr wört-

1) RGRK. II. Bd. S. 66; Oertmann S. OLG. Dresden 11, 139; RG. Seuff. Arch. 58, 4.
2) Windscheid-Kipp § 393, 2.
3) IV, § 377 Anm. 41.
4) S. 3.

lich aufgefaßt wird, oder sollte sie nicht für jedermann als krasseste Anpreisung gekennzeichnet sein? Abgesehen davon ist die Behauptung, daß es keine bessere usw. gebe, keine Eigenschaft einer Sache, insofern als kein Maß gefunden werden kann, an dem eine solche gemessen werden kann. Ein anderes Beispiel für Aeußerungen des Verkäufers über seine Ware sind die Werbeschriften, die viele Firmen zu verschicken pflegen. Auch diese sollen keine Zusicherungen über die Art, Güte pp. der Ware geben, sondern sind Anpreisungen, die zum Zweck der Reklame gemacht werden. Die im Rahmen einer erlaubten Reklame üblichen allgemeinen Aeußerungen sind als unverbindliche Anpreisungen der Sache, ihrer Qualität etc. aufzufassen. Als Merkmale einer Anpreisung können also festgestellt werden, die mangelnde Ernstlichkeit, die Unbestimmtheit und Allgemeinheit der Aeußerung, getragen von dem Wunsch jeden Beliebigen anzulocken[5]. Bei der Bewertung einer solchen Anpreisung muß auch auf den Kreis, an den sie gerichtet ist, wie auf die Gepflogenheiten Rücksicht genommen werden. Reklameschriften großer Firmen, die sich an einen bestimmten Abnehmerkreis richten und in diesen Fachkreisen z. B. ihre Maschinen und deren Leistungsfähigkeit anpreisen, sind schon nicht mehr als bloße Anpreisungen zu werten[6]. Zur Beurteilung dieser Frage soll eine Veröffentlichung im Recht[7] als Beispiel herangezogen werden. Dort wurde ein Automobil mit Kardanantrieb vom Verkäufer auf Grund des darauf zurückzuführenden leichteren Gewichts in der Federung als dem besten Kettenantriebswagen nicht nachstehend bezeichnet. Einem Fachmann gegenüber wird das eine klare, unverbindliche, weil nicht ernst genommene Anpreisung sein, da für Sachkunde selbstverständliche Tatsache ist, daß das gerade nicht der Fall ist. Wie soll eine Aeußerung dieser Art einem sachunkundigen Käufer gegenüber aufgefaßt werden? Sie wird durchaus ernst und als maßgebliches Merkmal des Wagens aufgenommen. Hier kann wohl von einer unverbindlichen Aeußerung, Anpreisung, nicht mehr die Rede sein.

---

5) Auf die Rechtsfolgen einer solchen Anpreisung kann hier, weil es außerhalb des Themas liegt, nicht eingegangen werden. Es soll dahingestellt bleiben, ob nach den Vorschriften des § 122 I, § 826 oder nach dem Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. 5. 96 vorzugehen ist.

6) RGRK. S. 66.

7) 1914, 2053.

Wie ist sie aber zu werten? Wenn eine solche Aeußerung nicht mehr als Anpreisung aufgefaßt werden kann, wo reiht sie sich dann, nachdem die Gruppe der Anpreisungen aus den Aeußerungen des Verkäufers als unverbindlich ausgeschieden ist, in die dann verbleibende Erklärungen ein? Diese Frage soll im folgenden näher untersucht werden.

§ 10.

Nunmehr ist also zu prüfen, ob alle Aeußerungen des Verkäufers, die nach Ausscheiden der Anpreisungen verbleiben, als Zusicherungen anzusehen sind.

Der Sprachgebrauch versteht unter einer Zusicherung die Bejahung einer Frage — im vorliegenden Falle einer Frage nach einer Eigenschaft — ferner eine Beteuerung, um irgendwelche Zweifel zu beheben, und auch eine Versicherung, daß Eigenschaften, die die Sache in irgendeiner besonderen Weise kennzeichnen, vorhanden sind.

Nun ist leicht erkenntlich, daß nicht alle Erklärungen, die noch zu behandeln sind, in dieser Weise zu bewerten sind. Es können in den tatsächlichen Angaben, die der Verkäufer zur Beschreibung der Sache und ihrer Eignung unverbindlich als gelegentliche Aeußerungen seiner Mutmaßungen und Beurteilung[1] abgibt, keine Zusicherung gesehen werden, weil sie nicht positiv das tatsächliche Vorhandensein einer Eigenschaft behaupten. Der Verkäufer will durch seine Worte dem Käufer die Sache erklären und empfehlen, er will ihn darüber aufklären, wie nach seiner Meinung die Eigenschaften einer Sache gesehen werden müssen. Diese Auffassung teilen auch Theorie und Praxis. Das Reichsgericht[2] formuliert, daß „nicht jede bei Gelegenheit vonKaufshandlungen über den Kaufgegenstand abgegebene Erklärung und nicht jede Aeußerung desVerkäufers ohne weiteres als Zusicherung nach § 459II betrachtet werden kann". Mainz[3] hat in Anlehnung an eine Lehrmeinung des gemeinen Rechts die dicta und promissa einander gleichgestellt und gesagt, daß es „nach dem Obligationsrecht des nach moderner Verkehrsbeweglichkeit strebenden Bürgerlichen Gesetzbuchs einen Verbaldkontrakt, dessen Wirkungen an besondere Formen geknüpft sind, nicht

1) Warneyer E. 1911, 231.
2) RG. 53, 200; JW. 1909, 71; Seuff. Arch. 60, 44; RG. in Bay. Z. 1922, 259.
3) Mainz S. 57, ferner auch Stamm S. 10.

mehr gibt, daß vielmehr jede deutlich erkennbare Willenserklärung eines Geschäftsfähigen, falls das Gesetz nicht schriftliche oder strengere Form fordert, ihre volle Wirkung begründet". Nun ist aber gerade in den Aeußerungen, die hier als Angaben von den Zusicherungen geschieden werden sollen, eine Willenserklärung nicht deutlich erkennbar und deshalb sollen sie auch von ihnen getrennt werden.[4] Enthalten zudem solche Aeußerungen einen Rat oder Empfehlung, dann werden sie immer unter einem gewissen Vorbehalt gegeben. Aus diesem Grund wird dann nur in bestimmten Fällen der Verkäufer ausnahmsweise haften[5].

Weiterhin muß aber auch bedacht werden — was Crome hervorhebt[6] —, daß die Angaben des Verkäufers über die Verwendbarkeit der Sache, über ihre Eignung dieselbe als — nach dem Vertrage vorausgesetzt — brauchbar bezeichnen. Diese Brauchbarkeit setzt die entsprechenden Eigenschaften voraus, die damit unter die Vorschrift des § 459 I fallen. Nach der Ansicht von Mainz müßten sie als zugesichert im Sinne des § 459 II betrachtet werden. Das würde aber weder der Verkehrsauffassung — an die sich das Obligationenrecht des BGB., wie Mainz anführt, anzupassen strebt — entsprechen, noch auch überhaupt dem Parteiwillen.

Betrachtet man weiterhin z. B. die von Geschäftshäusern ihren Kunden zugesandten Kataloge, so wird man hier deutlich unterscheiden können, daß sich die dabei gegebenen Erklärungen in zwei Gruppen teilen. Die eine will den Gegenstand dem Interessenten durch eine Beschreibung anschaulich machen, ihm lediglich das Bild der Sache vor Augen stellen, die zweite will etwas Bestimmtes mit einem Hinweis hervorheben, wie z. B.: „Wir übernehmen Haftung für besondere Haltbarkeit; sie können Vertrauen haben; Garantie etc." Wenn es nun auf Grund des Kataloges zum Geschäft gekommen ist, können nur die Eigenschaften als zugesichert gelten, die im besonderen mit besonderem Hinweis hervorgehoben wurden, die anderen Angaben über die betreffenden Gegenstände sind als solche tatsächlicher Natur anzusehen, weil sie lediglich zur Beschreibung und Erläuterung gegeben

4) Wetzel S. 13, Crome, Arch. ziv. Pr. 78. 140; Oertmann S. 594; Ehrlich S. 29; Planck § 459, 2 a; Staudinger S. 137; Crome, Recht 02, 333; Ichenhäuser S. 8; Recht 02, 613; OLG. Dresden 16, 402; RG. 52, 352; Schröder S. 122.
5) RG. JW. 1910, 183.
6) Recht 02, 333.

wurden. Die Rechtsfolgen dieser letzgenannten Erklärungen können nun hier nicht näher behandelt werden.

§ 11.

Zusammenfassend muß nun das Ergebnis lauten, daß als Zusicherungen solche Erklärungen des Verkäufers angesehen werden müssen, die eine Eigenschaft so bestimmt als tatsächlich vorhanden bezeichnen, daß auf Grund dieser Behauptung der Wille des Verkäufers, für seine Worte im besonderen Maße einzustehen, angenommen werden kann und muß. So haben denn auch die Motive zum BGB. bei der Wesensbestimmung der Zusicherung wie folgt formuliert[1]: „In der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft kann nichts anderes als die Uebernahme der Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft und das Versprechen gefunden werden, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft fehlt."

Damit sind drei Fragen zur Beantwortung gestellt:

1. Wie muß sich der Verkäufer äußern, damit seine Aeußerung als Zusicherung gekennzeichnet wird?

2. Worauf muß sich dieselbe beziehen?

3. Ist zur Wirksamkeit der Zusicherung erforderlich, daß sie vertragsmäßig verlangt und in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben wird, oder genügt auch eine einseitige Willenserklärung?

Zu 1. Das Gesetz stellt durch den Ausdruck „zugesicherte Eigenschaften" in § 459 II es lediglich auf die Erklärung des Verkäufers ab. Es gibt damit dem allgemeinen Gedanken Ausdruck, daß derjenige, der das Vorhandensein einer Eigenschaft bestimmt erklärt, nach Verkehrsgrundsätzen auch für seine Aeußerung einzustehen hat[2]. Eine Aeußerung, die eine Sache dem Käufer als mit einer tatsächlich vorhandenen Eigenschaft ausgezeichnet hinstellt, erweckt bei dem Käufer Vertrauen und veranlaßt ihn, die so ausgezeichnete Sache als geeignet zu übernehmen. Dieses von dem Verkäufer herbeigeführte Vertrauensverhältnis macht ihn nach Treu und Glauben auch im besonderen Maße verantwortlich. Es wird hervorgerufen durch die Bestimmtheit seiner Worte. Diese äußere Form seiner Erklärung ist maß-

1) Mot. II, 228.
2) Prot. I, 668.

geblich. Sie wird aufgefaßt als Aeußerung, der der Wille und das Bewußtsein eines Versprechenden zugrunde liegt, für die zugesicherten Eigenschaften einzustehen. Es ist dabei nicht notwendig, daß die Erklärung Worte enthält, wie z. B. „garantieren, versprechen, haften, zusichern etc.". Sie muß die Eigenschaft einer Sache — und dadurch unterscheidet sie sich von den eben behandelten tatsächlichen Angaben — dem Käufer gegenüber besonders und bestimmt bezeichnen und sie als Tatsache behaupten. Auf die Wahl der Worte kommt es, wie gesagt, nicht an. Deshalb ist sie auch in den vielen Fällen, in denen ein Kauf unter der „Bedingung", daß eine bestimmte Eigenschaft vorhanden ist, abgeschlossen wird, eine Zusicherung anzunehmen[3]. Unter dieser Bezeichnung „Bedingung" muß nicht notwendig eine solche im juristischen Sinne enthalten sein, denn diese letztere stellt es auf das Weiterbestehen einer Eigenschaft oder auf ein späteres Ereignis ab. Dagegen besagt die Erklärung unter einer Bedingung hier so viel, daß eine Eigenschaft verlangt und tatsächlich zugesagt wird. Dann aber handelt es sich um Zusicherungen[4].

Den Verkäufer verpflichten also seine Worte, die der Käufer mit Recht als eine ein Garantieversprechen enthaltende Erklärung auffassen dürfte. Er hat also auch für seine Erklärung einzustehen, wenn er eine solche im guten Glauben dem Käufer gegeben hat, vertrauend auf ihre Richtigkeit[5] und vielmehr noch, wenn er die Unrichtigkeit seiner Aeußerung kannte.

Auch die Erklärung, daß ein bestimmter Fehler nicht vorhanden ist, ist als Zusicherung aufzufassen; denn damit wird nur in negativer Weise ausgedrückt, daß die Sache dementsprechend positive Eigenschaften aufweist[6]. Zum Beweis kann das oben bei der Anpreisung gebrachte Beispiel angeführt werden, wo der Verkäufer ein Automobil als leichter als die anderen bezeichnet. Er kann ebenso sagen, es ist nicht so schwer wie die anderen, was als Versicherung eines nicht vorhandenen Fehlers aufzufassen ist.

Bleiben wir bei dem Beispiel, so kennzeichnet sich eine solche Aeußerung Fachleuten gegenüber — wie oben gesagt

3) Stamm S. 2; Gruch. 53, 957; Wetzel S. 18; s. auch dort Literaturnachweis.
4) Düringer-Hachenburg, Das HGB. 1905, III, 130.
5) Recht 1907, 2269.
6) OLG. 22, 224, 236.

— als Anpreisung, weil sie, da sie den diesen bekannten Tatsachen widerspricht, nicht ernstlich behauptet wird und auch abgegeben wird in der Erwartung, man werde die mangelnde Ernstlichkeit in diesem besonderen Kreis nicht verkennen. Ganz anders wird eine solche Erklärung aufzufassen sein, wenn sie einem unbewanderten Käufer gegeben wird, für den sie aber ein ganz besonderes Kennzeichen für die Eignung — vermittelt durch die Aeußerung des Verkäufers, der durch seine besondere Fachkenntnis Vertrauen erweckt — bedeutet. Eine solche Aeußerung, soweit sie die Eigenschaft nur bestimmt genug behauptet, wird den Verkäufer als Zusicherung verpflichten. Das Gesetz will durch seine Vorschrift den Käufer, der sich auf die Reellität des Kontrahenten verlassen muß, weitgehend schützen und den Verkäufer zum Einstehen für seine Worte verpflichten. Wie weit diese Verpflichtung geht, soll unten besprochen werden. Wie daraus ersichtlich, liegt in der Gewähr auch eine gewisse Gefährdungshaftung.

So kann also formuliert werden, daß eine Erklärung des Verkäufers, die eine Eigenschaft der Sache als tatsächlich vorhanden bezeichnet und bestimmt und ernstlich behauptet, als Zusicherung im Sinne des § 459 II anzusehen ist, weil sie — im Interesse des Käufers und der Verkehrssicherheit — als ein Versprechen des Verkäufers dahingehend aufgefaßt werden muß, daß er für seine Worte aufkommen will.

Zu 2. Gegenstand der Zusicherung sind die — im ersten Abschnitt behandelten — Eigenschaften einer Sache. Die Zusicherung muß sich also auf den tatsächlichen Zustand der Sache beziehen. Daran knüpfen sich nun folgende Fragen:

a. Ist die Erklärung des Verkäufers, die Eigenschaft werde auch in der Zukunft weiter bestehen, als Zusicherung aufzufassen?

b. Ist die Erklärung des Verkäufers, die Eigenschaft herzustellen, dem § 459 II unterzuordnen? Handelt der Verkäufer in jedem Falle arglistig, wenn er eine Eigenschaft zusichert, die, wie er weiß, nicht vorhanden ist?

a. Eine Zusicherung im Kaufsrecht versichert nur den bereits vorhandenen Zustand der Sache.[7] Die Erklärung, die Eigenschaft werde in Zukunft weiter bestehen, entspricht dem Wesen eines Garantievertrages. Das Wesen eines solchen

7) Gruch. 51, 937; Warn. E. 1914, Nr. 11; 1920, Nr. 104.

besteht darin, den Verkäufer für einen Zustand oder einen Erfolg, der auch noch später vorhanden sein oder eintreten soll, zu verpflichten.[8] Eine solche Erklärung des Verkäufers ist Gegenstand eines besonderen Garantievertrages, der aber den Regeln der §§ 459 ff. nicht untersteht.[9] Es sind Erklärungen des Verkäufers, die ein Weiterbestehen der Eigenschaft in der Zukunft versichern, nicht als Zusicherungen zu werten, weil sie nicht lediglich eine Kennzeichnung der Eigenschaften einer Sache zum Inhalt haben.

b. In den Fällen, in denen die Zusicherung als das Versprechen der Herstellung einer Eigenschaft aufzufassen ist, ist nach den Motiven[10] die Anwendung des § 459 II ausgeschlossen. Die Zusicherung soll sich ja immer nur auf den tatsächlichen Bestand beziehen. Rechtlich zulässig ist eine solche Vereinbarung, sie stellt aber einen Nebenvertrag dar, außerhalb der Gewährleistungsvorschriften.[11]

Wie sind aber die Fälle zu beurteilen, in denen eine Zusicherung einer Eigenschaft vorliegt, die, wie beiden Teilen bekannt, nicht vorhanden ist. Eccius[12] und Planck[13] unterscheiden bei dieser Frage zwei Gruppen, deren eine eine Zusicherung innerhalb des Gewährleistungsrechts umfaßt, deren andere — wie oben — eine Nebenverpflichtung — geregelt nach Vertragsrecht — zur Herstellung der Eigenschaft erkennen läßt. Im Gegensatz dazu will Dernburg[14] beide Fälle durch die Gewährleistungsregeln behandelt wissen. Dem ist nicht zuzustimmen. Maßgeblich ist der Wille der Parteien. Wenn der Sinn der Abrede und das Augenmerk sich auf den zu erwartenden Zustand richtet, also lediglich die Tatsächlichkeit der Eigenschaft zur Zeit der Uebergabe ins Auge faßt,[15] ohne daß der Verkäufer die Herstellung geradezu übernimmt, dann werden die Gewährleistungsregeln Platz greifen, weil eine Zusicherung in ihrem Sinne vorliegt; daß sich der Verkäufer von der Haftung nur durch Herstellung befreien kann, hat für die Beurteilung der Fälle nichts zu sagen.[16] So sagt auch das Reichsgericht[17] zu der Frage: „Die

8) Staudinger S. 136.
9) JW. 1918, S. 36; Seuff. Arch. 62, Nr. 5.
10) Mot. II, 226.
11) Staudinger S. 142.
12) Gruch. 43, 310.
13) § 460.
14) § 184 VII, 3.
15) RG. Gruch. 67, 313.
16) Staudinger S. 148; Oertmann S. 600; Ichenhäuser S. 33; Mainz S. 85.
17) RG. JW. 08, 330.

Gewähr im Sinne des Abs. 2 hat der Regel nach nur rechtlichen Inhalt, d. h. das Versprechen des Verkäufers für das Vorhandensein eines gewissen Zustandes vertragsmäßig zu haften, ersetzt gewissermaßen das Bestehen des Zustands selbst." Richtet sich also die Erklärung auf den zu erwartenden Zustand, dann ist sie als Zusicherung zu werten.[18] Eine solche Zusicherung einer — wie beiden Teilen bekannt — nicht vorhandenen Eigenschaft schließt die Anwendung des § 460 entsprechend dem anzunehmenden Willen der Parteien aus.

Des weiteren behandelt das Reichsgericht in Verbindung mit dem Fall der Zusicherung einer, wie bekannt, nicht vorhandenen Eigenschaft die Frage, ob sich der Verkäufer bei einer solchen Zusicherung der Arglist schuldig mache. Es sagt dazu:[19] Der Gewährsempfänger begnügt sich in den meisten Fällen mit der Gewähr; durch sie, nicht durch die Ueberzeugung, daß augenblicklich schon der Zustand vorhanden ist, wird er zur Eingehung des Vertrages bewogen und der Gewährleistende, der den versprochenen Zustand bis zur Uebergabe herstellen will (z. B. bis zur Eintragung), denkt nicht daran, eine arglistige Handlung zu begehen, wenn er verschweigt, daß jener Zustand augenblicklich noch nicht gegeben ist." Dieser Ansicht ist beizupflichten. Die Zusicherungen im täglichen Leben beziehen sich vielfach auf einen Zustand der Sache, der, wie er gewünscht wird, noch nicht vorhanden ist, aber als vorhanden hingestellt wird. Der Verkäufer gibt eine solche Zusicherung — ohne Arglist —, weil er den bestimmten Willen und die Möglichkeit hat oder zu haben glaubt, die Sache mit den versprochenen Eigenschaften liefern zu können. Von einer Arglist kann da nicht die Rede sein. Andererseits wird der Käufer durch die besondere Bestimmung des § 463: „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" auch weitgehend geschützt.

Zu 3. Das Wesen der Zusicherung wird also durch die bestimmte Behauptung und den dementsprechend anzunehmenden Willen des Verkäufers bezeichnet und festgestellt durch die Abgrenzung zu den tatsächlichen Angaben. So ist der Meinung von Mainz[20] nicht zuzustimmen, der sagt, daß

18) Zum Teil abweichend Crome, Gruch. 61, 199.
19) JW. 08, 330.
20) S. 57

„der Schwerpunkt der Frage, was unter Zusicherung zu verstehen ist, überhaupt nicht darin liegt, ob nicht auch bloß angegebene im Gegensatz zu garantierten Eigenschaften darunter fallen, sondern darin, ob die Zusicherung eine einseitige Willenserklärung des Verkäufers nach heutigm Recht darstellt, welche jenen besonders verpflichtet, im Gegensatz zu der Natur der Zusicherung als einem Nebenvertrag zwischen Käufer und Verkäufer, der neben dem Hauptvertrag herläuft." Wesentliche Voraussetzung ist der rechtsgeschäftliche Wille des Zusichernden. Die Frage, die Mainz aufwirft, ist formeller Natur. Der Rechtsgrund der Haftung liegt in dem Wort des Verkäufers. Die Frage ist nun wie folgt zu stellen: Ist zum Eintritt der Wirkungen — also der besonderen Verpflichtung kraft Gesetzes — eine bestimmte Rechtsnatur notwendig, genügt schon die einseitige Erklärung, oder muß die Erklärung in Form einer zweiseitigen Abmachung erfolgen?

Das Reichsgericht stellt sich immer auf den letzteren Standpunkt.[21] Es sagt,[22] daß „die Zusicherung immer Vertragsbestandteil geworden sein, sonach von beiden Teilen als Recht und Pflicht aus dem Kaufvertrag gewollt sein muß." Der gleichen Ansicht wie das Reichsgericht ist die Mehrzahl der Schriftsteller.[23] Es wird verlangt, daß eine bestimmte Erklärung des Verkäufers über das Vorhandensein einer Eigenschaft, wenn sie denselben verpflichten soll, auf Verlangen des Käufers gegeben sein muß. „Beide Teile[24] müssen sich bewußt gewesen sein, daß das Versprechen einer bestimmten Eigenschaft und das Einstehen für dieses Versprechen einen Teil der vertragsmäßigen Leistung bilden soll, es muß erkennbar sein, daß der Erwerber auf das Versprechen Gewicht gelegt und es als Teil der vom Veräußerer zu übernehmenden Leistung betrachtet, sowie daß auch der Veräußerer es in diesem Sinne abgegeben hat. Es muß gerade in dieser Beziehung also Willensübereinstimmung vorliegen." Das heißt also, daß die verpflichtende Aeußerung beim Vertrag getan und vom Käufer angenommen werden muß.

21) RG. Warn. 1916 Nr. 100; RG. 70, 82; JW. 09, 71; RG. Gruch. 1924, 313. Warn. 1914, 487; 1916, 100; RG. 54, 223; Gruch. 48, 493; RG. Recht 1916, 1870; 70, 82; Seuff. Arch. 60, 7; Bay. Ob. LG. 3, 547; KG. Rspr. 33, 284; RG. 53, 200; JW. 1909, 71; Seuff. Arch. 59, 151.

22) RGRK. II S. 66.

23) Enneccerus I, 2, 323; Staudinger II, 1, 660; Ennius, Gruch. 43, 309; a. A. Oertmann S. Wolf, Iher. Jahrb. 56, 44.

24) Staudinger S. 142.

Demgegenüber vertritt besonders Oertmann[25] den Standpunkt, daß diese Vertragstheorie in manchen Fällen „nicht zum Ziel führe, so z. B. bei Zusicherungen in öffentlichen Bekanntmachungen, die doch eine Haftung dringend wünschenswert erscheinen lassen, aber keineswegs immer Anbahnungen eines Garantievertrages darstellen." Er führt zur Begründung seiner Ansicht an, daß die Vertragsmäßigkeit — wie die Gegenmeinung sie will — wohl neben dem Ersatzanspruch aus § 463 BGB. einen Erfüllungsanspruch geben würde, aber eben nicht eine besondere Gewährschaft begründe. Gerade die letztere sei aber die Folge einer Zusicherung. Die Ansicht von der Notwendigkeit der Vertragsmäßigkeit würde dadurch widerlegt, daß doch gar keine Vertragsfolgen in Frage kämen.

Zusammenfassend muß man die Frage dahingehend präzisieren: Ist der Rechtsgrund für die entstehende Verpflichtung des Verkäufers einzig und allein im Wort bezw. Willen desselben zu sehen oder wird weiterhin der Käufer seine Annahmeerklärung geben müssen?[26]

Kann zur Beurteilung dieser Frage der § 305 BGB. herangezogen werden? Dieser sagt: „Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Aenderung . . . ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt."

Welzel[27] will mit Rücksicht auf diese Gesetzesvorschrift die Frage dahin entscheiden, daß ein einseitiges Garantiever-

25) S. 595.

26) Weiterhin muß noch die Ansicht von Wolff (Iher. Jahrb. 56, 1 ff.) erwähnt werden. Er will einen Unterschied zwischen der Zusicherung des § 459 II und der des § 463 annehmen. (Vgl. Oertmann S. 606; W. v. Blume, Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung. Iher. Jahrb. 55, 219). Durch die einfache Zusicherung im Sinne des § 459, II soll eine Eigenschaft als eine solche bezeichnet werden, für die der Verkäufer in gleicher Weise wie für das Vorhandensein einer der im § 459 I bezeichneten Eigenschaften einstehen wolle. In diesem Falle genüge die Willenserklärung des Verkäufers, Dagegen verweise der Wortlaut im § 463 „zur Zeit des Kaufes" auf die Abreden des Käufers, also auch auf die Zusicherungen beim Kaufabschluß selbst. In rechtspolitischer Hinsicht sei diese Ansicht, wie Oertmann meint (S. 606), durchaus begründet, wenn eine strengere Haftung auch schärfere Voraussetzung vorsieht. Die Zusicherung im § 463 müsse — wegen der weitgehenden Folgen vertragsmäßig sein. Oertmann entscheidet sich jedoch nicht klar für diese Zweiteilung der Zusicherung (S. 606). Wie kann praktisch da eine Grenze gezogen werden? Vor allem muß ja der Käufer dann letzten Endes beweisen, um was für eine Zusicherung es sich im einzelnen Falle handelt. Und der Verkäufer bezeichnet durch eine einfache Zusicherung Eigenschaften, um den Käufer anzulocken, leichtsinnig und nachlässig und braucht nicht zu fürchten, daß ihm eine besondere Verpflichtung daraus entsteht. Zur Verkehrssicherheit würde die Verwirklichung der Ansicht nicht beitragen. Man muß sie daher ablehnen.

27) S. 21.

sprechen nicht in Frage kommt. Aber gerade die letzten Worte der Gesetzstelle lassen diese Ansicht unberechtigt erscheinen. Das Gesetz schreibt ja gerade vor, daß eine Versicherung des Verkäufers diesem gegebenenfalls kraft Gesetzes eine Schuld auferlegt, die ihn ohne eine persönliche Abmachung, in welcher Weise er sich verpflichtet, doch in ganz bestimmter Weise verpflichtet. Mit § 305 kann nichts bewiesen werden, da er durch die besondere Vorschrift der §§ 459 II, 463 außer Kraft gesetzt sein könnte.[28]

Der Sinn des Gesetzes geht dahin, den Käufer zu schützen, der auf die Worte des Verkäufers vertraut und in diesem Vertrauen auf die Reellität des Verkäufers, der ihm die Sache als mit bestimmten Eigenschaften behaftet positiv bezeichnet, nicht enttäuscht werden soll. Eine solche Zusicherung soll also einer Abrede gleichgestellt werden, die dahin geht, daß der Verkäufer für seine Worte besonders einstehen will. Damit ist aber auch gesagt, daß der Verkäufer seine Aeußerung bei den Vertragsverhandlungen getan haben muß. Diese Ansicht nähert sich also der des Reichsgerichts. Es ist auch übereinstimmend mit der Ansicht desselben nicht unbedingt nötig, daß der Käufer durch Worte diese Zusicherung ausdrücklich annimmt. Es ist zu unterstellen, daß der Käufer auch stillschweigend eine Zusicherung annimmt, da er sich nie die Möglichkeit einer besonderen Verpflichtung des Verkäufers entgehen lassen wird.[29] Der Käufer muß die Annahme nicht immer ausdrücklich erklären.[30] Das Vertragsrecht kennt durchaus eine stillschweigende Annahme. Zu berücksichtigen ist, daß der Rechtsgrund bei dem Wort des Verkäufers zu suchen ist und daß das Gesetz den Käufer gegen eine Gefährdung durch seine Vorschrift schützen will. Wenn wegen der weitgehenden Verpflichtung des Verkäufers eine Annahme angenommen werden muß, ist damit nicht gesagt, daß diese nicht auch stillschweigend vorgenommen werden kann. Es ist anzunehmen, daß wegen der Wichtigkeit der Eigenschaft, von der der Verkäufer selbst überzeugt ist, der Käufer immer mit der Zusicherung einverstanden ist und eine solche — auch stillschweigend — immer annehmen wird.

---

28) Oertmann S. 595.
29) Vgl. RGRK. Bd. II S. 66.
30) Vgl. a.A. Ichenhäuser S. 10.

Ist die Meinung Oertmanns, daß die Zusicherung nicht vertraglich abgeschlossen werden müsse, zwingend? Er meint vor allem, daß eine Zusicherung — da sie nicht unterschiedslos für einen Teil des Vertrages angesehen werden kann — daß sie diesem auch vorausgehen, ja sich sogar generell auf alle abzuschließenden Verkäufe einer bestimmten Art erstrecken kann. Dazu führt er als Beispiel eine R.O.H.G.-Entscheidung[31] an, die, wie folgt, lautet: „Es ist unbestritten, daß die Kläger den Prospekt schon vor dem Abschluß des Kaufvertrages in solche Kreise des Verkehrs verbreitet haben, in welchen Reflektanten auf Fütterungsstoffe zu erwarten waren. Ob sie speziell auch dem Beklagten oder dem eigentlichen Interessenten des Geschäfts Prospekte zugestellt haben, ist unerheblich, da die Tatsache der Publikation des Prospektes sie in die Lage brachte, die von ihnen dem ausgebotenen Fabrikate darin beigelegten Eigenschaften im wesentlichen als bei denjenigen Kontraktsverhandlungen vorausgesetzt gelten lassen zu müssen, welche über den Kauf von Palmkuchenmehl in der folgenden Zeit mit ihnen eröffnet wurden. Wer öffentlich bekannt macht, daß er eine Ware gewisser Art zu gewissen Zwecken brauchbar zu verkaufen bereit sei, der muß, wenn mit ihm, als Verkäufer, über die Lieferung solcher Ware kontrahiert wird, die angekündigte Art und Brauchbarkeit der Ware als von ihm zugesagt, dann gelten lassen, wenn er nicht seinem Kontrahenten gegenüber das Gegenteil erklärt hat."

Dazu ist zunächst zu sagen, daß die „Tatsache" der Publikation den Verkäufer nicht dem verpflichten kann, der diese Publikation gar nicht kennt. Derselbe hat das Geschäft nicht auf Grund der durch die Publikation bekannt gewordenen Tatsachen abgeschlossen und kann, sich auf diese in keiner Weise beziehen. Ihn führten Ueberlegungen zum Kauf, die nicht durch die in dem Prospekt abgegebenen Erklärungen des Verkäufers beeinflußt waren. Hat nun aber ein Interessent auf Grund des ihm bekannten Prospekts mit dem Verkäufer einen Vertrag abgeschlossen, so nimmt er Bezug auf die dort enthaltene Aeußerung. Diese wird aber im Grunde, wenn der Verkäufer nicht widerspricht, noch einmal erneut gegeben. Wird eine Zusicherung generell ge-

31) 21, 197.

geben, so hat sie doch nur ein Gehalt bei der tatsächlichen Vornahme eines Rechtsgeschäfts. Ist ein solches auf Grund eines Prospekts zustande gekommen — das ist Tatfrage und wird sich im einzelnen Fall unschwer feststellen lassen — dann wird eine Zusicherung, die vorher gegeben ist, immer in die Vertragsverhandlungen einbezogen sein. Daß die Einseitigkeit der Zusicherung als Rechtsnatur abgelehnt werden muß, ist in der Hauptsache so zu begründen, daß niemand sich einem anderen verpflichten kann, dem er nicht die Erklärung gegeben hat oder der womöglich die Erklärung nicht einmal kennt. Wenn Oertmann öffentliche Bekanntmachungen als Beispiel für seine Ansicht anführt, dann ist dazu zu sagen, daß eine solche als Zusicherung jederzeit zurückgezogen werden kann und zu nichts verpflichtet, wenn nicht ein Kontrahent vorhanden ist. Ist das der Fall, dann schließt ja derselbe gerade ausdrücklich auf die Zusicherung hin den Vertrag und die Zusicherung wird so Hauptvertragsbestandteil.

Das von Oertmann angeführte, oben genannte, Beispiel kann aber unter ganz anderen Gesichtspunkten gewertet werden. Kann bei bestimmten Geschäften die Verkehrsgewohnheit dahingehend wirken, daß eine bestimmte Eigenschaft wegen der Wichtigkeit des Geschäfts und dem bekannten Zweck immer als zugesichert anzusehen ist? Liegt in der Kennzeichnung des Zwecks eventuell eine stillschweigende Zusicherung?

Loewenwarter[32] sagt im Anschluß an § 459 II: „Beim Getreidesaatkauf kommt u. a. hinzu, daß es sich um ein reines Vertrauensgeschäft handelt, bei welchem die Eigenschaften des Saatguts als schlechthin garantiert gelten." Es ist nicht ohne weiteres unzweifelhaft, ob mit einer solchen Artbezeichnung einer Sache eine Zusicherung abgegeben ist. Im Zweifelsfalle wird es sogar zu verneinen sein. Cosack[33] bringt ein Beispiel, in dem der Verkäufer ein Huhn als „Bruthenne" verkauft. Will der Verkäufer damit ein gewisses Alter und einen vorausgesetzten Gebrauch kennzeichnen oder eine Zusicherung geben? Das ist nur im einzelnen Fall zu entscheiden und im Zweifel eine Zusicherung nicht anzunehmen. Bei der Wichtigkeit des Saatguthandels aber, bei dem ja

32) Bd. III S. 52
33) Bd. I, S. 559.

letzten Endes die Existenz des Käufers, des Landwirts, von der Reellität des Verkäufers abhängt und bei dem er ja lediglich auf dessen Wort angewiesen ist — es ist ihm nicht möglich, die Eigenschaft des S a a t guts festzustellen, es sei denn zu spät — hat sich die Verkehrsgewohnheit gebildet, daß derjenige, der S a a t gut verkauft, auch diese Eigenschaft zusagt. So entschied auch das Reichsgericht,[34] indem es sagt, daß „jeder Verkäufer eine derartige Ware (Saatgut) nach Treu und Glauben nur mit dem Willen weiter veräußern darf, daß er die so von ihm bezeichnete Eigenschaft der Kaufsache schlechthin garantiert."[35] Es ist damit festgestellt, daß nicht eine einseitige Erklärung des Verkäufers vorliegt, sondern daß nach Verkehrsgebrauch und -gewohnheit bei der Wichtigkeit besonderer Geschäfte eine Zusicherung anzunehmen ist, die der Forderung des Käufers entsprechend vom Verkäufer gegeben wird. Eine solche Zusicherung wird letzten Endes mit Rücksicht auf den Käufer dem Verkäufer vom Verkehr — als der vom Käufer gewünschten Geschäftsgrundlage entsprechend — aufgegeben.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Rechtsnatur der Zusicherung die Vertragsform ist. Die Zusicherung muß bei der Vertragsschließung abgegeben worden sein, also vom Käufer angenommen worden sein, was auch stillschweigend geschehen kann. Ist dieses der Fall, dann verpflichtet sie den Verkäufer und gibt dem Käufer einen Anspruch nach vom Gesetz bestimmten Richtlinien, gleich, als ob dieselben im einzelnen Fall ausdrücklich ausgemacht wären.

Da die Bestimmungen der §§ 459 ff. dispositiver Natur sind, bleibt es den Parteien überlassen, die Verpflichtung des Verkäufers, für seine Worte einzustehen, zu erweitern oder zu beschränken.

Es sei nun noch kurz auf den § 494 BGB. hingewiesen, in dem es heißt: „Bei einem Kauf nach Probe oder nach Muster sind die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen." Der Kauf nach Probe ist ein unbedingtes Geschäft. In der Probemäßigkeit der Ware liegt

---

34) RG. 103, 79.

35) Vgl. § 6 des Futtermittelgesetzes v. 22. 12. 26 (RGBl. 525 I), der sagt: Macht der Veräußerer bei der Veräußerung von Futtermitteln keine Angabe über die Beschaffenheit, so übernimmt er damit die Gewähr für die h a n d e l s ü b l i c h e Reinheit und Unverdorbenheit."

eine erfüllte Zusicherung. Die Vorlage der Probe bezeichnet stillschweigend die Eigenschaften der Ware, die geliefert werden soll. Dadurch, daß der Verkäufer eine Probe dem Interessenten zukommen läßt, der darauf kauft, sichert er ihm — kraft Gesetzes — zu, daß auch die gekaufte Ware dieselben Eigenschaften aufweisen wird. Er braucht keine besondere Erklärung abgeben. In der Uebersendung ist eine stillschweigende Zusicherung zu sehen, wenn der Interessent unter Berücksichtigung dieser Probe den Vertrag abschließt.

Im Anschluß an diesen § 494 ist von Julius[36] gesagt worden, daß dieser beweisbringend dafür ausgelegt werden kann, daß die Feststellung, daß die Eigenschaften der Probe von Gesetzes wegen als zugesichert anzusehen sind, die Ansicht begründet, daß in anderen Fällen eine stillschweigende Zusicherung nicht angenommen werden könne. Dem ist nicht zuzustimmen.[37] So ist auch die Ansicht der Literatur in der Hauptsache[38] die, daß nach Lage der Umstände in dem den Vertragsteilen bekannten Verwendungszweck der Ware eine stillschweigende Zusicherung angenommen werden kann. Der einzelne Fall muß aber aus der Eigenart des Geschäfts einen klaren Schluß auf den Willen des Verkäufers zulassen, und es muß wohl im Zweifel zu ungunsten der Zusicherung entschieden werden. Das Bekanntsein des Verwendungszwecks wird in vielen Fällen wiederum unausgesprochen bei den Parteien anzunehmen sein. Dann handelt es sich dementsprechend grundsätzlich um Eigenschaften, die nach dem Vertrag vorausgesetzt unter die Bestimmung des § 459 I fallen. Wenn also nicht ausdrücklich der Vertragszweck festgelegt ist, wird eine stillschweigende Zusicherung nicht anzunehmen sein.[39] So entscheidet auch das Reichsgericht,[40] indem es sagt: „Allerdings genügt auch eine stillschweigende Zusicherung, sie muß aber zum Vertragsinhalt geworden sein. Das ist noch nicht der Fall, wenn beide Teile wissen, welchem Zweck der Kaufgegenstand dienen soll und welche Eigenschaften er daher haben soll, sofern nicht eine auf diesen

36) S. 11.
37) Vgl. Staudinger II, 137; Ehrlich S. 33; Emerich, Kauf- u. Werklieferungsvertrag, 1899 S. 61; Enneccerus I, 2, 361; RG. Recht 1910 Nr. 2803; OLG. 31, 197; RG. Recht 1910, Nr. 2803; OLG. 21, 197; RG. 114, 241; 123, 147.
38) Staub II S. 1616; Schloßmann S. 53; Lenel, Arch. Ziv. Prax. 79, 104; Mainz S. 60; Kist S. 44.
39) Seuff. Arch 65, 345; OLG. 21, 197; JW. 05, 530.
40) Seuff. Arch. 65, 345.

Zweck abzielende Zusage gemacht wird. Es ist also die gleiche Auffassung, wie sie oben bei Behandlung der Frage der Zusicherung beim Saatguthandel zutage tritt.[41]

Haben wir im Vorhergehenden dahin entschieden, daß eine Erklärung des Verkäufers nur dann als Zusicherung anzusehen ist, wenn sie als Vertragsbestandteil zu erkennen ist, so ist damit auch gesagt, wann sie gegeben werden muß. Ist es nun auch möglich, von einer Zusicherung zu reden, wenn die Erklärung noch nachher gegeben wird? Da der § 463 es ausdrücklich auf die Erklärung zur Zeit des Kaufs abstellt, wird man, um eine nachträgliche Zusicherung Platz greifen zu lassen, eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien verlangen müssen, die die Zusicherung sozusagen auf den Abschluß zurückdatiert und klar erkennen läßt, daß der Verkäufer ausdrücklich eine weitere Verpflichtung übernehmen und nachträglich zum Gegenstand des Vertrages machen wollte.

Als letzter Punkt der Behandlung der Zusicherung ist zu untersuchen, ob diese von der Wirkung des § 313, der für den Vertrag Schriftform vorschreibt, ebenfalls ergriffen wird.[42] Das Gesetz schreibt vor, daß bei Grundstückskäufen ein Vertrag mit gesetzlich gebotener Form, hier also notariell, abzufassen sei. Wegen der Wichtigkeit und Tragweite eines solchen Geschäfts soll dadurch unüberlegtes und übereiltes Handeln des Verkäufers verhindert werden. Also nur solche Abmachungen sollen Gültigkeit haben, die in der erforderlichen Form getroffen werden. Sinngemäß wird dann auch eine Zusicherung nicht formlos wirksam sein können. Auch Oertmann,[43] der die Rechtsnatur der Einseitigkeit der Zusicherung vertritt, schließt sich dieser Ansicht an. Eine Zusicherung könne hier nur als Bestandteil des Kaufvertrages in Frage kommen, weil auch zu ihrer Gültigkeit die formelle Vorschrift des Gesetzes zu beachten sei. Aus der von der Mehrzahl der Autoren vertretenen Ansicht der Vertragsmäßigkeit der Zusicherung ergibt sich ebenfalls und zwingend

41) RGRK. Bd. II S. 66.

42) Es soll nur die gesetzliche Formvorschrift in ihrer Wirkung untersucht werden. Im Rahmen dieser Arbeit würde es zu weit führen, sollten auch in Verbindung mit den §§ 125 I und 154 II solche Verträge und die Stellung der Zusicherung herangezogen werden, die nach Parteiwillkür Schriftform vorsehen. Es sei verwiesen auf Dehn: „Die Bedeutung mündlicher Nebenabreden bei formellen Verträgen nach bürgerlichem Recht", Leipzig 1908.

43) S. 595.

die Folge, daß eine Zusicherung die Form des Vertrages teilen muß. Gegen diesen Formzwang wendet sich insbesondere Dernburg[44] mit dem Argument, daß Treu und Glauben auch Gültigkeit solcher Zusicherungen verlangen, die nicht an der gesetzlich vorgeschriebenen Form teilgenommen haben. Mag man über das Wesen der Zusicherung getrennter Ansicht sein, der Forderung der Form gemäß § 313 wird sie für alle Fälle sich unterwerfen müssen. Wenn die Wichtigkeit solcher Geschäfte eine Form vorschreibt, so muß dem Rechnung getragen werden. Und gerade eine Zusicherung wird oft von großer Wichtigkeit für den Verkäufer und von maßgebendem Einfluß auf den Käufer sein. Deshalb muß auch eine solche Vereinbarung gemäß § 313 I an der Form teilhaben. § 313 II gibt auch den Zusicherungen, die nicht der Form gemäß gegeben wurden, rechtliche Bedeutung, falls zur Zeit der Auflassung über die erfolgten mündlichen Abreden tatsächlich noch Uebereinstimmung unter den Parteien herrschte.[45] Auf die Wirkung des § 139 BGB. braucht in diesem Zusammenhang nur hingewiesen zu werden.

§ 12.

Die Bedeutung der Zusicherung einer Eigenschaft, deren Begriff und Wesen bisher behandelt worden sind, besteht darin, daß dem Versprechensempfänger — also dem Käufer, gewisse Rechte gegen den Versprechenden zustehen, wenn der Sache die zugesicherten Eigenschaften fehlen.

Bevor die einzelnen Bestimmungen, aus denen sich eine Haftung des Verkäufers ergibt, angeführt werden, soll darauf hingewiesen werden, daß zwei Zeitpunkte für die Entstehung und Umfang der Haftungsfolgen bestimmend sind, nämlich der Zustand der verkauften Sache zur Zeit des Kaufs und zur Zeit des Gefahrübergangs.

Auch ohne Zusicherung haftet der Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern (§ 459 I BGB.). Ist sie mit solchen Fehlern

44) § 184 III.
45) Vgl. Eccius, Gruch. 43, 309; Nowicki S. 30; Staudinger § 459 IV, 3; Oertmann Anm. zu § 313; Staub § 350; Schollmeyer, Erfüllungspflicht u. Gewährleistung für Fehler beim Kauf, Iher. Jahrb. 49, 99

behaftet, dann hat der Käufer ein Recht auf Wandlung oder Minderung (§ 462 BGB.).

Weitergehend ist die Haftung des Verkäufers für die von ihm zugesicherten Eigenschaften. Zunächst hat der Käufer auch hier die im § 462 bezeichneten Rechte, wenn die zugesicherten Eigenschaften zur Zeit des Gefahrüberganges fehlen (§§ 459 II, 462 BGB). Darüber hinaus hat er jedoch das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Dieses weitergehende Recht ist jedoch an die weitere Voraussetzung geknüpft, daß die zugesicherte Eigenschaft bereits zur Zeit des Kaufs gefehlt hat (§ 463 BGB).

Eine Besonderheit gilt beim Verkauf von Genussachen. In diesem Falle hat der Käufer das Recht, wenn der Sache zur Zeit des Gefahrüberganges — also nicht auch schon zur Zeit des Kaufes — eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, statt Wandlung oder Minderung oder Lieferung einer mangelfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 480 BGB). Daß hier der Zeitpunkt des Gefahrüberganges maßgebend ist, erklärt daraus, daß bei einer Genussache ihre Beschaffenheit zur Zeit des Kaufes noch nicht festgestellt werden kann, was ja im Wesen des Verkaufs einer nur der Gattung nach bestimmten Sache liegt.

Der Käufer hat aber im Falle des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft das Recht, Wandlung oder Minderung oder Lieferung einer neuen Sache oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, welche Rechte ihm allerdings nur unter verschiedenen Voraussetzungen zustehen.

§ 13.

Da die Ansprüche auf Wandlung oder Minderung bei Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften dieselben sind wie die allgemeinen Ansprüche aus § 459 I und auch unter denselben Voraussetzungen gewährt werden (§ 459 II), so sollen sie hier als genügend bekannt keine weitere Behandlung finden.

Da sie jedoch in Konkurrenz mit dem weitergehenden Anspruch auf Schadensersatz gegeben sind, sollen sie hier lediglich im Zusammenhang mit der Frage des „ius variandi", d. h. der Frage, bis wann und in welcher Weise das im § 463 BGB. gegebene Recht Wandlung oder Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen ausgeübt wer-

den kann, behandelt werden. — Die dabei getroffenen Feststellungen gelten natürlich auch für die im § 480 II gewährten, konkurrierenden Rechte des Käufers einer Genussache.

Im § 385 des ersten Entwurfs ist bestimmt, daß der Schadensersatzanspruch „neben" dem Recht der Wandlung oder Minderung bestände. Die Kommission[1] lehnte die Fassung des Entwurfs ab, weil „die Ausdrucksweise nicht verständlich erscheine, da sie auch eine Deutung in dem Sinne zulasse, daß beide Rechte nebeneinander geltend gemacht werden könnten." Zur Klarstellung des Inhalts und der Tragweite, welche die von der Kommission beschlossene Vorschrift haben soll, wurde daher das Wort „neben" durch „statt" ersetzt. Damit setzt das Gesetzbuch im § 463 ausdrücklich fest, daß die Ansprüche nicht kumulativ, sondern elektiv konkurrieren.[2] Das Recht des Käufers aus § 459 II gibt ihm die Möglichkeit, zwischen ganz verschiedenen Ansprüchen zu wählen. Es handelt sich dabei nicht um eine facultas alternativa oder gar um eine Wahlschuld. Während die Frage nach der Konkurrenz der beiden Ansprüche zu Zweifeln keinen Anlaß gibt, ist es schwieriger, den Moment zu bestimmen, bis zu welchem der Käufer sein ius variandi behält. Nach dem oben Gesagten über die Natur der Konkurrenz beider Ansprüche wird man dem Käufer die Möglichkeit der Wahl möglichst lange erhalten müssen.[3]

Der § 465 lautet: „Die Wandlung oder Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Es braucht hier auf den im Anschluß an den Inhalt des § 465 entstandenen Streit nicht eingegangen zu werden, nämlich, ob es sich bei dem Wandlungs- und Minderungsrecht um einen auf Aufhebung des Kaufvertrags gerichteten neuen Vertrag oder um einen Anspruch des Käufers auf Rückgängigmachung bezw. Preisherabsetzung aus dem ursprünglichen Vertrag heraus handelt. Die Wandlung oder Minderung ist vollzogen mit der Einverständniserklärung des Verkäufers zu dem dahingehenden Verlangen des Käufers (§ 464 BGB). Bis zu diesem Zeitpunkt besteht die Wahlmöglichkeit des Käufers aus § 463 BGB.[4] Somit bleibt es dem Käufer, falls eine entspre-

1) Prot. I, 687.
2) Vgl. RG. 92, 295; Krückmann, Arch. ziv. Prax. 101, 207; RG. L.Z. 1919, Sp. 691.
3) s. auch Ichenhäuser S. 41.
4) Vgl. Haymann, Gruch. 46, 509; ferner Staudinger S. 156, 171.

chende Aeußerung des Verkäufers nicht vorliegt, überlassen, bis zu diesem Termin den einen Abspruch im Interesse des anderen fallen zu lassen, da es sich ja um keine Wahlschuld oder fac. alternativa handelt.[5] Falls der Verkäufer sich über die Annahme oder Ablehnung des Wandlungsbegehrens gemäß § 464 nicht äußert, wird die Aeußerung durch rechtskräftiges Urteil zu ersetzen sein. Ob bei Rechtshängigkeit noch Klageänderung vorgenommen werden kann, also dem Kläger die Wahlmöglichkeit erhalten bleibt, soll hier nicht entschieden werden, da es sich um eine Frage prozeßrechtlicher Natur handelt.

Durch die Erklärung des Verkäufers wird also der Käufer an seine Wahl gebunden. Analog wird man verfahren müssen, wenn zuerst ein Schadensersatzanspruch erhoben wird. Da die alternativ geschuldete Leistung die Anwendung des § 263 BGB. unmöglich macht, kann man der von Cosack[6] vertretenen Meinung nicht beipflichten. Cosack sagt, daß der Käufer nach erfoglter Erklärung des Schadensersatzanspruchs nicht mehr[7] zur Wandlung übergehen könne, o h n e Einverständnis des Gegners. Um dieses Wahlrecht des Käufers auszuschließen, muß man verlangen, daß auch hier eine entsprechende H a n d l u n g , nämlich Beginn der Ersatzleistung des Verkäufers oder rechtskräftige Verurteilung dazu nötig ist, um dem Käufer die Wahlmöglichkeit zu nehmen.

§ 14.

Nachdem geprüft worden ist, in welcher Weise der Käufer zwischen den einzelnen, ihm zustehenden Rechten wählen kann — was unabhängig von der näheren Feststellung der Voraussetzungen, unter denen ihm diese Rechte zustehen, geschehen konnte — sollen die Voraussetzungen für das hier, wie schon gesagt, allein interessierende Recht auf Schadensersatz untersucht werden.

Wenn der § 463 das Entstehen des Rechts auf Schadensersatz von dem Nichtvorhandensein der Eigenschaft zur Zeit des Kaufabschlusses abhängig macht, so ist doch zuerst einmal der Zeitpunkt des Gefahrübergangs zu behandeln, der Voraussetzung des Eintritts de Haftung gemäß § 459 bleibt,

5) Vgl. OLG. Bamberg, Seuff. Arch. 59, 438.
6) § 127 IV.
7) Vgl. Ichenhäuser S. 42.

während die Vorschrift des § 480 II es lediglich darauf ankommen läßt. Der Satz: Periculum rei ad emptorem pertinet[1] regelte im römischen Recht den Uebergang der Gefahr, stellt es also auf den Moment des Kaufabschlusses ab. Im Gegensatz dazu hat das BGB. die Maßgeblichkeit der Uebergabe im § 446, § 447 anerkannt. Praktische Ueberlegungen führen zu diesem auf einen späteren Zeitraum verlegten Termin des Gefahrübergangs, nicht ein logischer Zusammenhang zwischen Gewährleistung und Gefahrübergang, sondern der in den Motiven ausgesprochene Geganke[2] „verwickelte und schikanöse Prozesse" durch vereinfachte Feststellung der praktischen Gegebenheiten zu vermeiden.

Ein logischer Zusammenhang zwischen Gewährleistung und Gefahrübergang besteht nicht. Die Verpflichtung des Verkäufers beruht auf seiner Zusage, und es muß demnach die Meinung vertreten werden, daß die Haftung aus dieser Zusage her abzuleiten ist und also auch mit Abgabe derselben entsteht.[3] Keine Stelle des Gesetzes spricht von dem Entstehen der Ansprüche bei Gefahrsübergang, sondern nur von der Geltendmachung. Trotzdem hat Dernburg[4] sowie Düringer-Hachenburg[5] in enger Auslegung des § 459 gefolgert, daß vor Gefahrübergang eine Gewährleistung nicht in Frage komme.[6] Die Haftung kommt nicht erst mit dem Gefahrübergang zur Entstehung. Daran kann kein Zweifel sein. Sie besteht vielmehr vom Augenblick des Wirksamwerdens der Zusicherung ab. Einen konkreten Inhalt bekommt sie jedoch erst mit dem Gefahrübergang. Dieser bezw. der Zustand der Sache zu diesem Zeitpunkt bestimmt den Umfang der Haftung, führt aber nicht erst deren Entstehen herbei.

Daß der Eintritt der Haftung nicht von dem Gefahrübergang abhängig sein kann, zeigen auch die sich daraus ergebenden, unmöglichen Konsequenzen, nämlich die Fälle, in denen Unmöglichkeit die Verwirklichung zugesicherter Eigenschaften ausschließt oder eine Eigenschaft von dem Verkäufer nicht oder nicht mehr rechtzeitig herbeizuführen ist. Konsequenterweise müßten auch, wenn die Sachalge fest-

1) Ulp. I. 14 pr. D. de furt. 47, 2 § 3 J. h. 4, 3, 23.
2) Mot. II, 226.
3) Vgl. Crome II S. 459 Anm. 2; Eccius, Gruch. 43, 315.
4) II, 2, 185.
5) II, 124.
6) Vgl. ferner Epping, S. 7 ff.; dagegen Schollmeyer S. 14.

steht und dem Käufer vor der Uebergabe — welche, wie gleich gesagt werden wird, grundsätzlich den Gefahrübergang zur Folge hat und daher insofern ihm gleichgesetzt werden kann — bekannt geworden ist, trotzdem eine Uebergabe erfolgen, um Gewährleistungsansprüche zur Entstehung zu bringen. (Das bekannte Beispiel der vom Verkäufer zu spät gestrichenen Gartenmöbel die, zur rechten Zeit, weil nicht trocken, nicht in Gebrauch genommen werden können.) Das sind durchaus praktische und häufige Fälle, und wenn demgegenüber Dernburg[7] und Staudinger[8] einwenden, daß es sich dabei um eine Ausnahme handel, die den von ihnen aufgestellten Grundsatz nicht widerlege, so ist dem zu erwidern, daß diese Ausnahmen so zahlreiche sind, daß sie selbst beinahe zur Regel werden. Daher ist aus theoretischen und praktischen Erwägungen der herrschenden Meinung[9] beizustimmen, die besagt, daß der im Zeitpunkt der Uebergabe vorhandene Zustand der Sache die bereits bestehende Haftung in ihrem Umfange fixiert und zwar abschließend, dagegen ein von der Uebergabe unabhängiger Eintritt der Haftung möglich ist, wenn die Uebergabe nur den Zweck hätte, die bereits dem Umfange nach feststehende Haftung formell zu fixieren. Als Ergebnis ist also zu sagen, daß nicht nur in den oben — bei Staudinger als Ausnahme — genannten Fällen der Unmöglichkeit einer Verbesserung die Gewährleistung vor Uebergabe Platz greift, sondern daß dieselbe als von Anfang an bestehend anzusehen ist.

Demgegenüber geben der Gegenmeinung, die u. a. vom Reichsgericht vertreten wird[10], auch die Bestimmungen des § 636 nicht recht, denn dort wird klar gesagt, daß der Besteller Wandlung verlangen kann, wenn Mängel vor Ablieferung zutage getreten sind, nach Ablauf einer Frist zur Beseitigung derselben. Nach § 634 gibt es eine Rückgängigmachung durch Wandlung vor Vertragserfüllung. Es muß demnach also gefolgert werden, daß die Möglichkeit gegeben ist, vor Gefahrübergang Rechtsansprüche auch aus den §§ 462, 463 geltend zu machen, wogegen der Verkäufer in diesen

7) II, 2, 185.
8) § 459 III, 3.
9) Endemann § 161, 40; Kiehl in JW. 1914, 497; Schollmeyer, Jahrb. f. Dogm. 49, 95; Enneccerus § 331, 8; Oertmann § 459, 3.
10) RG. 53, 70; 55, 201; Warn. E. 1912, 204; RG. L.Z. 1921, Sp. 568; ebenso RGRK. § 459, 3 b I.

Fällen berechtigt ist, dieser Haftung durch eventuelle Beseitigung des Mangels den Boden zu entziehen.

Nachdem wir gesehen haben, welche Bedeutung die Bestimmung des Gefahrübergangs als maßgebendem Zeitpunkt für die Fixierung der Haftung des Verkäufers hat, ist nun zu prüfen, in welcher Weise dieser Zeitpunkt zu bestimmen ist. Auszugehen ist von der Bestimmung des § 446 I BGB., die besagt: „Mit Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über". Für diese gesetzliche Vorschrift ist die von Ihering[11] der sogen. Ausscheidungstheorie entgegengestellte Lieferungstheorie Grundlage gewesen. Ueber die Auffassung dieser „Uebergabe" sind die Meinungen verschieden. Sie können hier nur kurz gestreift werden. Dem § 446 liegt der allgemeine Grundsatz des § 323 zugrunde: „casum sentit dominus". Nach § 433 kann der Käufer eine tatsächliche Uebergabe verlangen, denn dieser verpflichtet den Verkäufer zur Eigentumsverschaffung und Uebergabe. Die besondere Hervorhebung der letzteren begründet die Ansicht[12] von der Notwendigkeit der körperlichen Uebergabe, der gemäß § 929 II, falls die Sache bereits im Besitz des Erwerbers war, die brevi manu traditio gleichzusetzen ist. Dernburg[13] setzt fernerhin ohne weiteres der Uebergabe die Traditionssurrogate constitutum possessorium (§ 930) sowie cessio vindicationis (§ 931) gleich. Dieser vorbehaltlosen Gleichstellung kann nicht beigestimmt werden. Unter Berücksichtigung der Fassung der §§ 930, 931: Die Uebergabe „kann" dadurch ersetzt werden, muß man ein Einverständnis des Käufers verlangen, um eine Gleichstellung der Uebergabe im engeren Sinne des § 446 herbeizuführen. Auch die Heranziehung des § 440, der den Gefahrübergang nicht lediglich an die Besitzübertragung haftet[14], kann nichts Grundsätzliches dagegen anführen. Besonderen Umständen des Einzelfalls wie dort oder entsprechenden Parteivereinbarungen bleibt es überlassen, diese Rechtsakte der §§ 930, 931 als Erfüllung der Uebergabepflicht anzusehen.

Bei unbeweglichen Sachen tritt der Gefahrübergang, falls Eintragung vor Uebergabe erfolgt, gemäß § 446 II bereits mit der Eintragung ein.

11) Jahrb. 4, 366.
12) Planck II, 348, 2 a; Endemann I, 950; vgl. Wolffsohn S. 38; Ehrlich S. 38.
13) § 174 II; ferner Cosack S. 418; Crome II, 416.
14) Wolffsohn S. 38.

Abweichend von der Regel des § 446 bestimmt für den Fall des Distanzkaufs, also des Versandes der Sache auf Verlangen des Käufers nach einem dritten Ort, der § 447 BGB. den Gefahrübergang auf die Zeit der Uebergabe an die zur Ausführung der Versendung bestimmte Person.

Grundsätzlich macht das BGB. das Inkrafttreten der Gewährleistungsansprüche von dem Gefahrübergang, d. h. also der Uebergabe der verkauften Sache abhängig. Die Schadensersatzansprüche des § 480 II, also beim Kauf einer Gattungssache auf Grund einer zugesicherten Eigenschaft, beziehen sich ebenfalls auf diesen Zeitpunkt.

Für das im § 463 dem Käufer für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gewährte Recht auf Schadensersatz verlangt das Gesetz aber noch weitergehend, daß die zugesicherte Eigenschaft a u c h s c h o n zur Zeit des Kaufabschlusses nicht vorhanden gewesen sein darf, d. h. also, daß der Käufer dieses Recht nicht hat, wenn z. B. die betreffende Eigenschaft nach Kaufabschluß aber vor Gefahrübergang weggefallen ist. Es würden dann nur gemäß dem bereits Ausgeführten die Folgen aus § 459 II in Verbindung mit § 462 eintreten.

Der Umstand, daß das BGB. die Schadensersatzhaftung s t a t t des Wandlungs- oder Minderungsrechts gegeben hat, sowie der Wortlaut des § 459 II verbindet dieselbe mit denselben Voraussetzungen, d. h. der Maßgeblichkeit des Zustandes der Sache zum Zeitpunkte des Gefahrübergangs, so daß der Schluß zu ziehen ist, daß eine zugesicherte, zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht vorhandene Eigenschaft, die aber dann beim Gefahrübergang vorhanden ist, den Verkäufer nicht zum Schadensersatz verpflichtet.

§ 15.

Was ist nun unter dem im § 463 BGB. dem Käufer zugebilligten Recht „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" verlangen zu können, zu verstehen? — Wie schon mehrfach betont, sollen die Ansprüche, die schon für die gemäß § 459 I zu vertretenden Mängel dem Käufer gewährt werden und die auch beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft geltend gemacht werden können, nicht behandelt werden, sondern nur der Schadensersatzanspruch gemäß § 463, der ja auch im § 480, der Vorschrift für gattungsmäßig bestimmte Sa-

chen, mit entsprechender Aenderung Platz gegriffen hat. Das weitere Recht des Käufers einer Gattungssache auf Lieferung einer neuen mangelfreien Sache braucht nicht näher erwähnt zu werden.

Nach § 463 BGB. ist der Käufer berechtigt, beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zur Zeit des Kaufabschlusses Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Es ist nun außerordentlich bestritten, ob unter „Schadensersatz wegen Nichterfülung" ein solcher wegen Nichterfüllung des g a n z e n Vertrages schlechthin zu verstehen ist oder ob es sich nur um einen Schadensersatz wegen des s p e z i e l l e n Mangels handelt. Die Stellungnahme zu dieser Frage wird bestimmt durch die Ansicht über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers, ob es sich nämlich in diesem Falle um eine vertragliche Leistungspflicht oder um eine gesetzliche Garantiepflicht handelt.

Die erstere wird besonders vom Reichsgericht vertreten. Es sagt, daß die Gewährleistungspflicht ein Teil der vertragsmäßigen Leistungspflicht ist, die in der Leistung der mit den bestimmten Eigenschaften ausgezeichneten Sache besteht. Fehlen diese der Sache, so stellt sich dieselbe als eine andere dar, die der Käufer ohne Nachweis des fehlenden Interesses zurückzuweisen berechtigt ist und ihm die Rechte aus Nichterfüllung des ganzen Vertrages gibt[1]. Begründet wird diese Ansicht einmal mit dem Text des § 463 „Schadensersatz wegen Nichterfülung", sowie der Vorgeschichte zum § 480 BGB. Der Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" wird vom BGB. in den §§ 280 II, 286 II, 325, 326, 338, 440 II, 524 II im Sinne einer Nichterfüllung des ganzen Vertrags gebraucht, und es wird ausdrücklich hervorgehoben, wenn es sich in andern Fällen wie im § 341 II um eine Beschränkung auf teilweise Nichterfüllung handelt. Weiterhin sei bei Beratung des § 398 d. Entw. (§ 480 BGB.)[2]: „Wird dem Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache eine mangelhafte zur Erfüllung angeboten, so kann er nach seiner Wahl statt der Minderung unter Zurückweisung der angebotenen Leistung diejenigen Rechte geltend machen, welche ihm im Falle der Nicherfüllung zustehen", nach Zurück-

1) RG. 52, 355; 53, 89; 86, 92; 90, 332; JW. 1902, 235, 279; RG. im Recht 1924, 812; RGRK. II, 74.
2) Prot. I, 712.

ziehung der Worte „nach seiner Wahl statt der Minderung" festgestellt worden, daß sich das Uebrige von selbst verstehe. Das Reichsgericht zieht daraus den Schluß, daß damit festgestellt sei, daß der Käufer unter Zurückweisung der mangelhaften Sache Schadensersatz wegen völliger Nichterfüllung verlangen kann. Unbeschadet dieses Rechts sei es aber gestattet, die Sache zu behalten und wegen Fehlens der bestimmten Eigenschaft den Schadensersatzanspruch wegen teilweiser Nichterfüllung geltend zu machen. Mit dieser Ansicht hat das Reichsgericht[3] seinen eigenen Grundsatz aber durchbrochen[4], der ja, wie oben gesagt, Schadensersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung als Recht aus § 463 ansah.

Das Reichsgericht begründet — wie oben ausgeführt — seine Auffasung mit der Bedeutung dieses Ausdrucks in den eben angegebenen Paragraphen des BGB., die unter Nichterfüllung die der ganzen Verbindlichkeit verstehen. Betrachtet man aber z. B. den gleichfalls zur Begründung herangezogenen § 280 I, der lautet: „Soweit die Leistung unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen", und in dessen zweiten Absatz es heißt, daß Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangt werden könnte, wenn teilweise Erfüllung auf Grund teilweiser Unmöglichkeit für den Gläubiger kein Interesse hat, so kommt darin klar zum Ausdruck, daß unter Schadensersatz wegen Nichterfülung auch der wegen teilweiser zu verstehen ist, da in Erweiterung des ersten Abschnittes dem Käufer auch das Recht auf Schadensersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung zugestanden wird. Kipp[5] hat insbesondere dargetan, daß es unberechtigt ist, unter „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" unbedingt den wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verstehen, indem er gezeigt hat, daß diese Auslegung, wenn sie in demselben Sinne für die §§ 538, 540, 635 verwandt wird, zu einer „Absurdität sondergleichen" führen würde. Es würde z. B. ein Mieter Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Mietsvertrages verlangen können, wenn eine Fensterscheibe

3) RG. 53, 92; 59, 156; Seuff. Arch. 71, 228; JW. 1916, 672.
4) Vgl. Staudinger II, 2, 163; Oertmann S. 608.
5) S. 288.

durch Verschulden des Hauswirts zerbrochen wäre oder die Wiederherstellung auf Verlangen des Mieters kurze Zeit versäumt worden wäre[6]. Es kann nur der Sinn des Gesetzes sein, einen Schadensersatzanspruch zu geben, der durch die zerbrochene oder nicht eingesetzte Scheibe entstanden ist. Kipp hat zwar zum Ausgangspunkt seiner Besprechung den Gesichtspunkt teilweiser Unmöglichkeit genommen, wenn die Leistung nur mit Mängeln möglich ist, kommt aber ebenfalls zu dem Schluß, daß Schadensersatz wegen Nichterfüllung im § 463 und § 480 nur Schadensersatz wegen des Mangels bedeuten kann.

Dieser Ansicht schließt sich auch die Mehrzahl der Autoren[7] an. Kober[7a] sagt, daß der Anspruch auf Schadensersatz seinem vollen Umfaneg nach ein aus dem Vertrage fließender ist, daß aber[8] — trotz des bedenklichen Wortlauts — nur Schadensersatz wegen des speziellen Mangels in Frage komme, da nicht angenommen werden kann, daß die Sache so anzusehen ist, als ob der Verkäufer überhaupt nicht erfüllt hätte. Es steht hier eine gesetzliche Haftung nach einer ganz bestimmten Richtung in Frage.

Crome[9] argumentiert, ausgehend von der Haftung, auf vertraglicher Abmachung beruhend, daß sich die Verpflichtung des Verkäufers nicht auf die Kaufsache als solche bezieht, sondern gemäß der vertraglichen Zusicherung die Sache mit besonderen Eigenschaften zu liefern ist; daß also ein Nichtvorhandensein dieser Eigenschaften, nur eine Nichterfüllung der selbständigen vertraglichen Vereinbarungen über die Zusicherung darstelle und daher Schadensersatz nur wegen deren Nichterfüllung, nicht aber wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages gefordert werden könne. — Die Möglichkeit, die Sache zurückzuweisen und wegen gänzlicher Nichterfüllung Schadensersatz zu verlangen, ist damit nicht ausgeschlossen, verlangt dann aber vom Käufer, das nun fehlende Interesse nachzuweisen.

Die Zusicherung als Bestandteil des Kaufvertrages hat dem Käufer bestimmte Eigenschaften der Sache versichert.

---

6) A. A. Mainz S. 96.
7) Eccius, Gruch. 43, 315; Schollmeyer, Iher. 49, S. 98; Oertmann S. 533 u. 606; W. v. Blume, Iher. Jahrb. 53, 223; Planck S. 371.
7a) Staudinger Com. § 463, I. Bd. II 2 S. 159.
8) § 463, 8.
9) S. 444, 2 a.

Bei Nichtvorhandensein derselben verstößt der Verkäufer gegen die von ihm gegebene Zusage, daß solche Eigenschaften tatsächlich vorhanden sind. Seiner Verpflichtung auf Leistung der Sache schlechthin ist er aber trotzdem nachgekommen, nur seine Erklärung, daß die Sache mit besonderen Eigenschaften ausgestattet ist, entspricht nicht den Tatsachen und verpflichtet ihn. Der gesetzlichen Gewährleistung liegt der Gedanke zugrunde, den Verkäufer für seine Aeußerungen haften zu lassen, nicht weil ein Versprechen zur L e i s t u n g darin zu sehen ist, sondern weil seine Behauptung über das jetzige oder notfalls zum Gefahrübergang tatsächliche Vorhandensein der Eigenschaft so deutlich war, daß der Käufer mit Fug und Recht darauf bauen konnte, und andererseits der Käufer nicht von dem Verkäufer zu dessen Vorteile zu einer Handlung — nämlich zu dem Kauf — veranlaßt werden sollte, ohne daß diesem Vorteil auf seiten des Verkäufers ein Ausgleich auf seiten des Käufers entgegenstand. Das Gesetz gibt deshalb auch ohne Rücksicht darauf, daß den Verkäufer auch nicht das geringste Verschulden treffe, ganz bestimmte weitgehende Folgen. Die Zusicherung begründet eine gesetzliche Gewährleistungspflicht, weil einer Behauptung über die Tatsächlichkeit einer Eigenschaft aus obigen Rechtsgründen Folgen gegeben sind und nicht, weil die Nichterfüllung einer vertraglich versprochenen Leistung solche Folgen zeitigt. Durch die Zusicherung ist nicht eine Verpflichtung zur mangelfreien Lieferung Vertragsbestandteil geworden. Das Gesetz gibt ja dem Käufer auch nicht das Recht, eine Eigenschaft, die z. B. ohne sein Wissen verloren gegangen, aber wiederherzustellen ist, nachzubessern, ebensowenig, wie es ihm die Pflicht dazu auferlegt. Dieses Recht müßte ihm aber gegeben sein, wollte man in einer Zusicherung die Uebernahme einer Erfüllungspflicht sehen[10]. Das Gesetz betrachtet im Interesse des Käufers bestimmte Erklärungen des Verkäufers, gerade weil in den meisten Fällen im Vertrage genügende Stützen — um den Käufer, der auf die Versicherungen über den tatsächlichen Bestand der Sache baut und daraufhin handelt, die nötige Entschädigung für seine Enttäuschung zu gewähren — nicht vorhanden sind als Zusicherungen, Garantieübernahme, die eine besondere Gewährschaft

10) Planck § 459, 2 a; Endemann S. 988; Recht 1912, 335.

nach sich ziehen. Demnach muß also entschieden werden, daß unter Schadensersatz wegen Nichterfüllung derjenige wegen des Mangels — also der Nichterfüllung lediglich der besonderen Zusicherung — zu verstehen ist.

Zu demselben Resultat gelangt Oertmann[11], der auf der Ansicht aufbaut, daß eine Zusicherung den Kaufvertrag überhaupt nicht berührt und — da mit Lieferung der Sache die Pflichten des Verkäufers erfüllt sind — damit auf Grund der gesetzlichen Haftung nur Schadensersatz wegen des Mangels in Frage kommt. Auch in diesem Falle kann der Mangel so groß sein, daß die Uebernahme der Sache nicht zugemutet werden kann und Schadensersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung gewährt werden muß.

Ueber die Frage, für welches Interesse der Verkäufer einzustehen hat, besteht nirgends Zweifel. Da eine Zusicherung eine Garantieübernahme in sich schließt, die den Verkäufer gesetzlich dazu verpflichtet, den Käufer, der in seinem Vertrauen enttäuscht ist, auf jeden Fall so zu stellen, wie er bei Vorhandensein der Eigenschaften stehen würde, kann es sich nur um Ersatz des vollen positiven Interesses handeln. Eine andere Auffassung ist nicht möglich.

§ 16.

Nunmehr ist eine positive Gesetzesbestimmung anzuführen, die aus einem bestimmten Tatbestand heraus die Gewährleistungspflicht ausschließt. Es ist dies der § 460 I: „Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschluß des Kaufes kennt". Bevor darauf eingegangen wird, ist der Satz 2 des gleichen Paragraphen zu beachten, in dem es heißt: „Ist dem Käufer ein Mangel der im § 459 I bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so haftet der Verkäufer, sofern er nicht die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat, nur wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat." Schollmeyer[1] hat aus diesem Satz durch Extensivinterpretation die Ausnahme betreffend zugesicherte Eigenschaften auch auf den ersten Satz ausdehnen wollen. Dem ist aber nicht beizustimmen. Gerade aus dem Wortlaut des zweiten

11) S. 608.
1) Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. für das Deutsche Reich, Berlin 1897.

Satzes, der „von einem Mangel der im § 459 I bezeichneten Art" spricht, läßt den Sinn des ersten Satzes, der von einem Mangel schlechthin spricht, sich auch auf den zweiten Absatz von § 459 erstrecken. Damit steht auch die hier vertretene Ansicht im Einklang, die unter Mangel einer Sache auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften versteht.[2] Somit geht der Käufer seiner Ansprüche auf Grund der Bestimmung des § 460 I verlustig, wenn er den Mangel beim Kaufabschluß kennt.

Falls diese Kenntnis vom Zeitpunkt des Kaufabschlusses bis zur Annahme bei dem Käufer eintritt, bestimmt § 464 BGB., daß Ansprüche nur geltend gemacht werden können, wenn die Rechte wegen des Mangels vorbehalten sind.

Im ersten Falle bedeutet Vertragsabschluß bei Kenntnis nicht vorhandener, aber zugesicherter Eigenschaften Verzicht auf die Rechte aus der Zusicherung[3]. Sollte das nicht der Fall sein, würde Schollmeyers gegensätzliche Ansicht zu einer „Prämiierung für Gimpelfang" führen[4]. Dagegen wird die Haftung für Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften nicht dadurch in Wegfall gebracht, daß der Käufer verabsäumt, eine Mängelrüge gegenüber dem Verkäufer vorzunehmen (vgl. § 377 HGB.). Nach Treu und Glauben kann der Käufer auf den Garantiewillen des Verkäufers vollkommen vertrauen. Dieser kann nicht zur Ablehnung seiner Haftung anführen, daß der Käufer bei einiger Aufmerksamkeit die Unwahrheit seiner Angaben erkennen mußte[5]. Die Unerheblichkeit des Mangels oder die Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit der Eigenschaft ist unbedeutend. Einen Ausschluß wegen Unerheblichkeit gibt es nicht.

Weiterhin ist zu untersuchen, ob eine Zusicherung einer Eigenschaft gemäß § 461 BGB. ausgeschlossen ist. Der § 461 lautet: „Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter Bezeichnung als Pfand verkauft wird". Eine entsprechende Bestimmung befindet sich in § 806 ZPO.: „Wird ein Gegenstand auf Grund einer Pfändung veräußert, so steht dem Erwerber ... wegen eines Mangels der veräußerten Sache ein Anspruch auf

2) Vgl. Ichenhäuser S. 31; Eccius, Gruch. 43, 309; Staudinger II, S. 80.
3) Endemann S. 991.
4) Ehrlich S. 43.
5) Cosack I, S. 559.

Gewährleistung nicht zu". — Hierzu heißt es in der Begründung des Entwurfs eines Gesetzes betr. Aenderungen der ZPO. und des EG. hierzu[6], daß diese Vorschriften zur Beseitigung etwaiger Zweifel aus dem Wortlaut des BGB. heraus gegeben werden[7]. Der § 806 ZPO. sollte seinen Platz finden als § 395 BGB., wurde aber von der Kommission für die zweite Lesung[8] in die ZPO. verwiesen. Das interessiert hier insofern, als die Motive zum BGB.[9] zu diesem ehemaligen § 395 sagen: Der Entwurf spricht in allen Fällen, in denen auf Betreiben eines Gläubigers eine Sache im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert wird, dem Erwerber das Recht auf Gewährleistung wegen Mängel sowohl gegenüber dem Gläubiger ab, wenn auch nicht im Sinne einer absoluten, anderweitiger Vereinbarung entzogenen Norm. Ebenso begründet die von der zweiten Kommission erst nachträglich getroffene Bestimung des § 461 eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 459. Der Pfandgläubiger wird von der Haftung für Mägel auch hier befreit und zwar unter den Bedingungen, daß es sich um einen Verkauf handelt, der mit der Bezeichnung der Sache als Pfand, auf Grund eines Pfandrechtes, bei einer öffentlichen Versteigerung vorgenommen wird. Es heißt in der Gesetzesvorschrift, daß der Verkäufer einen Mangel nicht zu vertreten hat. Unter dem Begriff Mangel ist, wie dargelegt wurde, auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften zu verstehen, und so scheint der § 461 sich auch darauf zu erstrekken, daß eine Zusicherung nicht möglich ist. Dementsprechend sagt auch Stein-Jonas,[11] „daß die Gewährleistung im § 461 BGB. wie im § 806 ZPO. auch dann ausgeschlossen ist, wenn eine ausdrückliche Zusicherung erfolgte." Es gehe weder an, das Gegenteil ohne weiteres deshalb anzunehmen, weil dieser Satz der Billigkeit widerspreche, noch kann man unterstellen, daß der gesetzliche Ausdruck hier (§ 806 ZPO.) und in § 461 BGB. einen anderen Sinn habe als sonst".[12]

---

6) Drucksachen des Deutschen Reichstages IX. Legislaturperiode V. Session 1897/8 Nr. 61, S. 165.

7) Ebenso ist zu beachten der § 56, 3 des Ges. über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung v. 24. 3. 1897 des Inhalts: Ein Anspruch auf Gewährleistung findet nicht statt.

8) Prot. II, 668.

9) Mot. II, 237/8.

10) Prot. III, S. 456.

11) Bd. II, S. 629.

12) Vgl. Steinke S. 42; Mainz S. 92.

Eccius[13] ist der gleichen Ansicht und kommt auf Grund der Tatsache, daß die Vorschrift des § 461, nachdem sie beim Pfandverkauf als absolute Regel festgelegt wurde, erst später in die §§ 459 ff. eingefügt wurde, zu der Ansicht, daß dieser Charakter nicht deshalb verloren sei. Es gäbe in diesen Fällen schlechthin keine Gewährleistung.

Nach der Meinung der Mehrzahl der Autoren[14] aber soll im § 461 mit dem Wort Mängel nicht das Fehlen der zugesicherten Eigenschaften bezeichnet werden, im Gegensatz zu der in Verbindung mit den §§ 459, 460, 462 geäußerten Auffassungen. Begründet wird diese Ansicht damit, daß es dem Pfandgläubiger freigestellt sein müsse, dem Käufer Zusicherungen zu geben, und daß es auch unbillig sei und zum Nachteile des Schuldners, die Möglichkeit einer Zusicherung zu verneinen, weil im Interesse beider beim Verkauf ein besseres Resultat erzielt werden könne.[15]

Es ist unbefriedigend und unberechtigt, den Begriff Mangel, wie hier gewollt wird, einmal so, einmal anders auszulegen, und hier aus Billigkeitsgründen das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft nicht mit einzuschließen.

Zum Ausgangspunkt der Betrachtung muß gemacht werden, daß es sich bei § 461 um eine Gesetzesbestimmung dispositiven Charakters handelt. So nimmt auch Oertmann[16] an, daß die Parteien entgegen der Bestimmung des § 461 durch Uebereinkommen anders bestimmen können. Es wird im Einzelfall Tatfrage sein, ob in der Zusicherung einer Eigenschaft auch schon die Uebernahme einer den Haftungsbefreiungsgrund des § 461 ausschließenden rechtmäßigen Haftung gefunden werden kann. Ist also beim Pfandverkauf eine Zusicherung gegeben, die nicht ausdrücklich die Anwendung des § 461 ausschließt, dann ist sie gegenstandslos. Die dahingehende Feststellung wird durch die Sachlage im einzelnen Fall getroffen.

§ 17.

Zur Frage der Beweislast ist kurz folgendes zu sagen: Das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft, den Mangel zu be-

13) Gruch. 43, 314; vgl. ferner Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. § 806.
14) Planck § 461 I b; Dernburg § 184 II, 2, 54; Crome § 220, 75; Seuff. Komm. z. ZPO., § 806, 4.
15) Vgl. R. von Damm, Ztschr. f. dtsch. Zivilprozeß 42, 509/11.
16) S. 601, vgl. Staudinger Bem. II, 2 S. 151.

weisen, wird in der Regel Sache des Käufers sein,[1] entsprechend dem Grundsatz, der auch im gemeinen Recht vertreten ist, daß der Beweis von dem geführt werden muß, der ein Recht behauptet. Diese allgemeinen Gesichtspunkte müssen auch hier für die Frage der Beweislast Anwendung finden, da es besondere Regeln bei der Gewährleistung nicht gibt. Der Käufer macht Ansprüche auf Grund ganz bestimmter gesetzlicher Rechte geltend und hat dementsprechend die Voraussetzungen seiner Ansprüche, also die Mangelhaftigkeit, zu beweisen, ebenso wie er den Beweis,[2] daß eine Zusicherung vorgelegen hat, führen muß. Desgleichen muß der Käufer beweisen, daß die zugesicherte Eigenschaft fehlt, wenn er die Sache eventuell wegen § 463 zurückweist.[3] Es kann auch in den Fällen, in denen der Verkäufer die Kaufpreisklage erhebt, auf Grund der hier vertretenen Auffassung der Beweis nur dem Käufer auferlegt werden,[4] da ja das Nichtvorhandensein der Eigenschaft nicht eine Verletzung der Erfüllungspflihct des Verkäufers bedeutet, sondern die Nichterfüllung besonderer Verpflichtungen, was gesetzlich begründete Ansprüche hervorruft.

Behauptet der Verkäufer jedoch ein seine Haftung ausschließendes Moment, also gemäß § 460 Kenntnis des Käufers vom Mangel oder gemäß 461, daß es sich um eine Pfandsache handelt, so muß er den Beweis dafür antreten.[5]

Endlich soll noch die Frage der Verjährung und der Aufrechnung Behandlung finden. „Der Anspruch auf Wandlung oder auf Minderung sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjährt, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten, bei Grundstücken in einem Jahr." Damit bestimmt der § 477 I für die Gewährleistungsansprüche die Zeit der Verjährung. Das BGB. folgt aus praktischen Gründen dem Beispiel des römischen Rechts, weil die „Ermittlung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für die Verkäufer die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit in höchstem Grad

1) RG. 57, 399; 95, 119; OLG. Kolmar, Recht 1910, Nr. 1235.
2) Vgl. Crome § 220, 64; Planck § 462, 1.
3) Oertmann, Recht 1908, 245.
4) A.A.: RG. 66, 282/5.
5) RG. 102, 395.

lästig und hemmend ist."[6] Andererseits ist, wie A. S. Schultze[7] ausführt, diese besondere Regelung der Gewährleistungsansprüche, die die Ansprüche des Käufers in besonders kurze Zeit verjähren läßt, deshalb gefunden worden und gutgeheißen, weil dem Käufer auch ganz besonders weitgehende Rechte zur Verfügung gestellt würden, die den Verkäufer in außerordentlichem Maße belasten. Sowohl Wandlung (§ 462) wie Minderung (§ 462) wie auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 463) verjähren in gleicher Frist. Der letzte Anspruch ist ebenfalls dieser Frist unterworfen, weil durch eine besondere Regelung das Ziel, das durch die kurze Verjährung erreicht werden soll, durchkreuzt würde.[8] Analog ist diese kurze Verjährung auch auf den § 480 II auszudehnen, für den sie nicht ausdrücklich mitbestimmt wurde.[9]

Das Gesetz schließt aus dieser für den Verkäufer günstigen Verjährung die Fälle aus, in denen Mängel der Sache arglistig verschwiegen wurden. Gleichzustellen sind die Fälle arglistiger Zusicherung.[10] Hier sollen nur die besonderen für die Zusicherung bestimmten Regeln behandelt werden. Es braucht in diesem Zusammenhang also auf den Fragenkomplex, der mit der Verjährung zusammenhängt, aber allgemeine Gültigkeit für die Gewährleistung überhaupt hat, nicht näher eingegangen zu werden, als da sind: Beginn der Verjährung, Kenntnis des Käufers, Ablieferung und Uebergabe, Unterbrechung der Verjährung, Ausnahme von der kurzen Verjährung durch Parteiabrede, Verjährung der Einreden u. a. Diese Vorschriften, die alle drei Gewährleistungsansprüche gleichmäßig regeln und vom Standpunkt des Themas aus sozusagen allgemein gültig sind, brauchen nicht näher herangezogen zu werden. Hier interessiert nur insbesonders der § 479 BGB., der eine besondere Vorschrift für den Schadensersatzanspruch bezw. die Aufrechnung eines solchen enthält und lautet: „Der Anspruch auf Schadensersatz kann nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vorher eine der in § 478 bezeichneten Handlungen vorgenommen hat." Solche Handlungen sind gemäß § 478 BGB.: Anzeige des Mangels, Absendung der An-

6) Mot. II, 238; Prot. I, 667.
7) Arch. f. bürg. Recht 30, 147.
8) Vgl. Mot. II, 240.
9) JW. 08, 358/9.
10) RG. 66, 87; Warneyer Rspr. 14, 250.

zeige, Antrag auf Sicherung des Beweises oder Streitverkündung. Diese Bestimmung bedeutet also eine Einschränkung des § 390 BGB., der eine Aufrechnung auf verjährte Ersatzforderungen gegen die Kaufpreisforderung zuläßt, wenn dieselben früher einmal der Kaufpreisforderung aufrechenbar gegenübergestanden haben. Dieser allgemeine Grundsatz fand seine Aenderung im § 479 BGB. aus dem gleichen Grunde wie oben, nämlich den Sinn der kurzen Verjährung nicht zu vereiteln und dem Käufer nicht die Gelegenheit zu geben, die Vorschrift zu umgehen, was bei Zulassung einer möglichen späteren Ersatzforderung der Fall gewesen wäre.[11]

Der zweite Satz des § 479 schließt aus dieser dem Verkäufer günstigen Regel wiederum die Fälle aus, in denen von seiner Seite eine arglistige Handlungsweise vorliegt.

Der § 479 läßt nun nicht deutlich erkennen, ob es sich um eine Aufrechnung lediglich gegen einen Anspruch aus dem gleichen Geschäft handeln soll, oder ob auch eine solche wegen Ansprüche aus anderen Geschäften möglich sei. Nimmt man die Möglichkeit des letzteren Falles an, die besonders von Staub[12] vertreten wurde, dann gibt man dem § 479 lediglich den Sinn, den § 390 II durch besondere Voraussetzungen, wie z. B. der Notwendigkeit einer Anzeige, einzuschränken. Letzten Endes führt aber die Berechtigung einer Aufrechnung auch gegenüber anderen Ansprüchen zu dem unbedingt zu vermeidenden und mit dem Sinn der Gesamtheit der Vorschriften nicht übereinstimmenden Resultat, daß der zeitlich weitgehenden Einschränkung des Gewährleistungsanspruchs zuwider gehandelt wird und dem Käufer zu weitgehende Rechte eingeräumt werden.[13] Diese Auffassung der Ausdehnung auch auf andere Ansprüche, der auch Oertmann[14] beitritt, hat — das ist zuzugeben — das Wort des Gesetzes für sich. Betrachtet man den § 479 im Zusammenhang mit den §§ 477 und 478, so ergibt sich, daß die §§ 478 und 479 Einzelbestimmungen zu der im § 477 geregelten Verjährung sind. Die Einreden der Wandlung und Minderung bedingen dieselben Voraussetzungen wie die Möglichkeit der Aufrechnung. Der § 478 hebt ausdrücklich hervor, daß nach Vollendung der Verjährung die Einrede nur auf den Anspruch

11) Prot. I, 701; Mainz S. 112; Oertmann S. 646.
12) 10. Aufl. § 377 Anm. 118, jetzt anders 12/13. Aufl. Anm. 142.
13) Vgl. OLG. Kiel, Seuff. Arch. 66, 6 ff.; Marcus, Recht 905, 40. Dagegen im obigen Sinne Düringer-Hachenburg III, 211; Enneccerus § 334 Anm. 13.
14) S. 646.

wegen Zahlung des Kaufpreises beschränkt sei. Das Gesetz bezieht sich hier klar und deutlich auf Ansprüche aus demselben Kaufgeschäft. Betrachtet man die Protokolle[15] und die Vorgeschichte zu den §§ 478, 479, so zeigt sich, daß diese Teilung erst in der Redaktionskommission vorgenommen wurde, und zwar nicht aus grundsätzlichen Erwägungen,[16] so daß aus ihr keine weitergehenden Schlußfolgerungen gezogen werden können, wie es von den Vertretern dieser Meinung fälschlich geschehen ist. Oertmann haftet hier in seiner Auffassung zu stark an dem einzelnen Wort. Besonders das Reichsgericht wendet sich gegen diese Auffassung.[17] Der Sinn der Vorschrift des § 479 muß zu der Auffassung führen, daß nur gegen Ansprüche aus demselben Geschäft aufgerechnet werden darf, einmal aus der engen Verbindung des § 479 mit den §§ 477, 478 und dann aus dem Gedanken heraus, die weitestgehenden Ansprüche des Käufers durch kurze Verjährung und entsprechende Möglichkeit einer Aufrechnung z. B. einzuschränken.[18] Somit würde die Auffassung, die hier vertreten ist, zu dem einzigen Fall im Bürgerlichen Gesetzbuch führen, in dem bei der Aufrechnung Konnexität erforderlich ist.

§ 18.

Bei den Gesetzesbestimmungen über den Viehkauf handelt es sich um ein Sonderrecht, das einmal nur auf die besonders angeführten Tiergattungen ausgedehnt werden darf, dann aber auch, was das Fehlen zugesicherter Eigenschaften betrifft, abweichende Vorschriften gegeben hat. Es gehört nicht zu unserer Aufgabe, diese Sonderregeln, die in den §§ 481—492 enthalten sind, des näheren zu untersuchen. Soweit in diesen Paragraphen keine besondere Regelung getroffen ist, gelten subsidiär die allgemeinen Gewährleistungsregeln.

Die Gewährleistung wegen zugesicherter Eigenschaften im Gefüge der Regelung der Gewährleistungspflicht überhaupt befand sich zunächst im ersten Entwurf in dem allgemeinen Teil des Schuldrechts.[1] Diese Rechtsnormen wurden

15) Prot. I, 674.
16) Denkschrift S. 64.
17) RG. 12, 324 vor allem 56, 171/2; ferner RG. Warn. 1914, S. 72; OLG. Rostock 1913, Seuff. Arch. 69, 56; RGRK. § 479; dagegen OLG. Kiel, Recht 1911, 480; Seuff. Arch. 66 Nr. 4.
18) Vgl. Mainz S. 112, 113; Loewenwarter Bd. III S. 60.
1) E. II, 386; Prot. S. 653/4.

von der zweiten Kommission an die Stelle gesetzt, wo wir sie heute finden, unter den Gesichtspunkt, daß praktisch der Kauf das Gebiet ist, in dem entsprechende Fälle sich in der Hauptsache vorfinden.[2] So finden sich zwischen den Vorschriften über den Kauf die Bestimmungen der §§ 445 und 493, von denen hier der letztere interessiert und lautet: Die Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache finden auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung. Die Anwendung betrifft sinngemäß sämtliche Paragraphen von 459—492.

In Frage kommen also alle die Fälle, in denen es sich entweder um die Uebertragung des Eigentums oder um Begründung eines Rechts an einer Sache gegen Entgelt handelt. Insofern sollen die oben entwickelten Gewährleistungsansprüche, also auch die auf Grund einer Zusicherung, Anwendung finden. Es können hier nur die in Frage kommenden Verhältnisse, sowie Sonderregeln und Einzelvorschriften kurz angeführt werden.

Eine eingehende Sonderregelung trifft das Gesetz durch die Vorschriften betreffend Miete (§§ 537 ff. BGB.) sowie Pacht, Werkvertrag (§§ 633 ff. BGB.) und Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB.)

Einzelvorschriften trifft das Gesetz betr. Hingabe an Erfüllungs Statt (§ 365), Schenkung (§ 524), Gemeinschaftsteilung (§ 757,) Auseinandersetzung bei Gütergemeinschaft (§ 1477), Kindesausstattung (§ 1624 II), Gattungsvermächtnis (§ 2183), Erbschaftskauf (§ 2376 II) und die Weiterveräußerung einer Erbschaft (§ 2385 I). Diese besonderen Einzelvorschriften verweisen von Fall zu Fall auf die Gewährleistungsregeln oder lehnen sie auch als nicht anwendbar ab.

Das Hauptanwendungsgebiet des § 493 findet sich einmal ohne weiteres beim Tausch (§ 515), ferner im allgemeinen bei der Gesellschaft (§§ 705 ff.), beim Vergleich[3] (§ 779), Sachdarlehn (§ 607), bei der uneigentlichen Verwahrung (§ 700), Gemeinschaftsteilung (betr. Eigentumsübertragung von Sachen), Zahlung an Erfüllungs Statt (§ 365) als Veräußerungsverträgen, sowie als Belastungsverträgen, z. B. beim obligatorischen Verpfändungsvertrag[4] (§ 1113, § 1204).

2) Vgl. Altvater, Arch. ziv. Prax. 95, 400.
3) RG. 54, 165/6.
4) RG. 9, 103; 29, 300 ff.

Mein Lebenslauf lautet:

Am 21. Juli 1903 zu Breslau geboren, als Sohn des Kaufmanns Georg Berghaus und seiner Frau Hermine geb. Püning, besuchte ich das Matthias-Gymnasium in Breslau und bestand dort Ostern 1923 die Reifeprüfung. Ich studierte die Rechtswissenschaften und zwar 1 Semester an der Universität Münster, 3 Semester an der Universität Breslau, 1 Semester an der Universität München, und die letzten 3 Semester wieder in Breslau, nachdem ich mich gezwungen gesehen hatte, ein Jahr auszusetzen. Am 8. Juli 1930 bestand ich in Breslau die mündliche Doktorprüfung.

Walter Berghaus.